DISSERTATIO INAVGVRALIS
DE
JVRE CIRCA REM ALIENAM SINGVLARI,
Von dem besondern Recht in einer fremden Sache.

QVAM
PRAESIDE
CASP. HENR. HORNIO,
J. V. D. ET FACVLT. JVRIDICA
ASSESSORE
PRO LICENTIA
P. P.
FRIDER. AVGVSTVS Lüedecke,
HALL. SAXON.
D. XXVI. SEPTEMB. ANNO MDCLXXXIX.
HORIS ANTE ET POST MERIDIEM CONSVETIS.

VITEMBERGAE,
RECVSA LITTERIS HAKIANIS.
ANNO 1742. (7)



Digitized by Google

Digitized by Google



DE

JURE CIRCA REM ALIENAM
SINGULARI,

EXERCITATIO INAUGURALIS

Lecturo.



Videbitur tibi prima facie παράδοξον præſentis meæ Diſſertationis Inſcriptio. Sed ea eſt juris noſtri natura, ut ea etiam, quæ alias disjuncta cenſentur, ſæpe conjuncta atque conciliata videas. Promiſi tibi Jus circa rem alienam; Quod licet rationi juris contrarium appareat. L. 4. C. fin. regund. L. ult. C. unde vi attamen ea ſuſtinetur. Aſt capiendum hoc cum grano ſalis: ſimplicem enim aſſertionem res in præſenti non patitur. Dantur certi tantummodo caſus certæque juris ſpecies, quæ Jus in re aliena admittunt, quarum potiſſimas in præſenti enumerare animum induxi. Nihil ergo reſtat

Digitized by Google

quam ut benevolum de thesibus hisce expetam judicium, quod & de tua humanitate mihi certe polliceor. Considerabis enim ut spero conscriptas esse obfirmato nondum satis judicio & quod plus virium in onere fuerit, quam in Latore.

I.



Ei alienæ num detur Dominium? Si primo loco quæsivero, procul dubio negative respondebit, qui rationi magis quam textui Juris & Sanctioni innititur; Neminem enim alienæ rei Dominium sibi arrogare, eamque ceu propriam vindicare posse, per se paret. Verum distingvendum hic probe est inter Verum atque Fictum Dominium. Dominium equidem quod revera acquisitum est, rem alienam non patitur, sed ea potius e diametro ipsi contrariatur. Præsumtum autem & Quasi Dominium, quod revera non est, sed æquitate suadente fingitur, utique circa rem alienam datur. *L. 7. §. 6. ff. de Publ. in rem act. L. 48. pr. de A. R D. L. 136. de R. J.* Nititur autem hoc Dominium sola Prætoris æquitate, qui partibus litigantibus hactenus subvenire ac defectum supplere voluit, quo leges XII Tabb. & Jus Flavianum laborare sentiebat. *§. 3. J. de Act.* Succurrit autem Prætor fictione triplici. I. fingit Dominium acquisitum propter bonam fidem & justum titulum, quod Jure Civili nondum est acquisitum *§. 4. J. de Act.* II. Dominium, quod Jure Civili vere amissum certis casibus pro non amisso haberi voluit. *§. 5. J. de Act.* III. Creditoribus præcipue prospexit Dominium rei in fraudem aliena-

Digitized by Google

alienatæ ipſo tempore fraudulentæ alienationis a Debitore in eos translatum fingens *§. 6. J. de Act. L. 1. §. 2. ff. de his quæ in fraud. Cred.* In quas Dominii præſumti ſpecies altius inquirere attinet.

II.

Primam ſpeciem in bona fide & juſto titulo fundatam eſſe modo dictum eſt, & cuique facile apparet. Oritur vero inde Actio Publiciana a Publicio Prætore ſic dicta & inducta B. F. Poſſeſſori de rei amiſſæ nondum uſucaptæ reſtitutione competens, *L. 1. L. 2. L. fin. ff. de Publ. in rem act.* Errant ergo, qui eam ex nuda poſſeſſione provenire ſtatuunt; cum non ſolum ad Exemplum Rei Vindicationis detur. *L. 35. pr. ff. de O. & A.* ſed etiam tum demum competat, quando Poſſeſſio eſt amiſſa. *L. 2. ff. de Publ. in rem act.* Inſuper verba AD INSTAR PROPRIETATIS in *L. 7. §. 6. eod.* ſatis aperte arguunt eam ex ficto Dominio promanare, quibus & verſio in Baſilicis *L. 15. tit. 2. L. 7. §. 6. Tom. 2. p. 224.* *ἡ πουβλικιανὴ μίμησιν ἔχει δεσποτείας, καὶ οὐ νομῆς*, reſpondet. Summa autem æquitate hæc gaudet actio, & haud ſatis laudari poteſt benigniſſima Prætoris interpretatio, cum reſpectu tertii Poſſeſſor B F. jus longe antiquius atque fortius habeat. Qui dum in Publiciana rem ſe uſucepiſſe dicit, quam tamen non uſu cepit, non committit mendacium prout nonnulli & præprimis *Wiſſenbachius P. 1. D. π. 18. 6. 22.* acriter contendunt. Nam nulla in ſermone agentis eſt fictio ſed potius in ipſo Jure Prætorio, quod completam Uſucapionem & per conſequens Dominium ex æquitate fingit. Prolixa hic alias eſt Diſputatio: An mala fides ſuperveniens Publicianam vitiet? Nos a partibus eorum ſtamus, qui negant ſimpliciter tam de Jure Canonico, quam Civili, *L. 7. §. 12. & 14. de Publ. in rem act. & L. 48. §. 1. de A. R. D.* quicquid etiam Bachovius dicat; Et pariter Regulam: Quod nulla juſta cauſa præcedente Publiciana ceſſet, cenſemus limitan-

dam, si quis justo errore facti causam subesse putet, quæ tamen non est; veluti si emerita furioso, quem ignorabat furere, *L. 2. §. 16. pro empt. L. 7. §. 2. de Publ. in rem act. Cujac. 10. Obs. 26;* Datur autem hæc actio B. F. Possessori, ut supra, etiam Vasallo, Emphytevticario, Superficiario, & Usufructuario, *L. 12. §. 2. & 3. L. 11. §. 1. eod.* Imo etiam heredibus Possessoris, *L. 7. §. 12.* Non autem vero Dominio qua tali, *L. 1. §. 1. d. t. L. 18. de pign.;* hac tamen sæpe agit tanquam B. F. possessor ob difficilem Dominii probationem. Hinc uno libello hæc actio successive vel alternative jungi solet cum Rei Vindicatione petendo rem ex Jure Dominii vel Quasi *Cap. 3. de Re judicata in 6to;* Sed quis ille? contra quem actor ea experitur; sine dubio quivis erit jure infirmiori possidens. Habet vero Petitore infirmius Jus Possessor, qui vel mala fide tenet, vel cui, postquam petitor amisit possessionem, & titulus & possessio bona fide obvenit; Qui enim & Titulum & Possessionem antiquiorem habet, est instar Domini, nec attenditur in hoc judicio possessio postea ex Titulo obveniens *arg. L. 7. §. 8. de Publ. in rem act. Hill. ad Don. L. 20. c. 8. L. 2. L. 31. §. 2. de A. E. V.* Hinc contra heredem & eum, qui Titulo pro herede possidet, hanc actionem competere, si defunctus vel mala fide rem tenuerit, vel post petitorem titulum & Possessionem b. f. nactus sit, res ipsa loquitur. Minime vero dabitur contra verum Dominium, nisi quid ei imputari possit, quo favor Domini minuatur B. F. Possessoris vero, augeatur, ut videre licet in *L. 31. ff. Ex quib. caus. maj. L. 57. ff. mand. L. 72. de R. V. L. 28. de nox. act;* Neque adversus alium Possessorem, qui firmius jus habet, *L. 9. §. 4. de Publ. in rem act.* Hinc si duo a duobus non dominis eandem rem b. f. emerint, ejus conditio erit melior, qui prior possessionem nactus est, quamvis titulus ipsi post alterum obvenerit, prout diserte Ulpianus in *d. L. 9. §. 4.* docet; Inde & si ambo in re negligenter versentur, & tertius

tius quidam hac occasione eam occupaverit; Is erit tuendus secundum Neratii sententiam in *L. 31. §. 2. ff. de A. E. & V.* qui prior jus ejus apprehenderit, h. e. qui prior conditionem usucapiendi fuerit adeptus, f. cui res primum tradita. Et cum h. c. neuter litigantium seu petentium Possessor sit, is utique erit præferendus, cujus causa, tempore præcedit arg. *L. 98. de R. J. & L. 19. de re jud.* Cæterum veniunt in hanc actionem omnes res, quarum alienatio non interdicta. *L. 12. §. 4. de Publ. in rem act.* & quas usucapione & Præscriptione acquirere non est prohibitum. *L. 9. §. 5. L. 11. §. 2. eod.* imo etiam incorporales *d. L. 11. §. 1.* quas pariter ob bonam fidem & justum Titulum, quo eas acquisivit & possedit, suas esse, vel ad se pertinere, ut declaret sententia judex, actor hac actione petit. Et cum in Edicto rei traditæ præcipue fiat mentio, hoc ad huc monendum, quod ficta equidem traditio hic habeat locum, Sed quod absque prævia traditione Publiciana quis uti queat, si nempe res delata alicui a non domino fuerit per ejusmodi causam, ex qua alias ipso jure absque traditione transfertur & acquiritur Dominium ex verbis Edicti minime elicitur; Ex interpretatione tamen utilis ei actio conceditur Vinn. *L. 1. q. 27.* & hinc divisio Publicianæ in directam & utilem pro manat; Utraque perpetua *L. 31. ex quib. caus. maj.* & neutiquam annalis est longique temporis præscriptione tollitur; Concurrunt Rei Vindicatio, Condictio Furtiva, Actio furti, vi bonorum raptorum, quod metus causa ac interdictum unde Vi *L. 18. §. 15. de damn. inf.* partim elective partim vero cumulative. Præterea extingvitur Publiciana per remissionem, renunciationem atque Evictionem, & uti fere in omnibus, ita etiam quoad sententiam definitivam cum rei vindicatione convenit. *Svend. de Act. p. 194.*

III. Hæc

Digitized by Google

III.

Hæc de prima ficti Dominii specie; Transgrediamur nunc ad alteram, qua id, quod Jure Civili amissum est, jure Prætorio pro non amisso habetur; §. *6. J. de Act.* Trahit vero exinde originem Actio Resscissoria, quæ & adhuc hodie post *L. 2. C. de annal. exc.* usum habet, contrariisque Publicianæ fundamentis nititur. In Publiciana enim res non usucapta pro usu capta habetur; In Rescissoria vero res usu capta non usucapta fingitur. Vocatur Rescissoria, quia rescindit Usucapionem, item Restitutoria, quod ea rei amissæ petatur restitutio, Sicuti autem quævis actio, qua actus gestus infirmatur, Rescissoria dici poterit; Ita huc non referenda Actio Rescissoria Institutoria, quæ certis casibus de amisso lucro, de quo actio nondum competiit, conceditur; *L. 17. §. 11. L. 41. L. 43. Ex quib. caus. maj.* Sed saltem Restitutoria, & ne omnis quidem, sed Realis tantum; adeoque huc pariter Rescissoria Personalis non pertinebit, quæ Jus amissum (ob quod actio personalis competit) persequitur. Rescissoria itaque hoc loco est Actio Realis, Prætoria pro re tempore absentiæ usucapta recuperanda competens. *L. 35. pr. ff. de O. & A. L. 24. C. de R. V.* Prorsus alienum est, quod Dd. communissime tradunt, Rescissoriam actionem præcedere aliquod remedium rescindens, per quod ante omnia usucapio rescindatur, indeque duplex judicium Rescindens & Rescissorium statuunt; Etenim tale remedium merum ens rationis purumque Dd. inventum est, quod neque in ulla in integrum restitutione requiritur, neque in casu actionis Rescissoriæ deprehenditur. Sine dubio eo respexerunt, quod olim omnes actiones a Prætore impetrandæ essent, & insingulis negotiis duplicis judicii occurreret species; Quoniam apud Prætorem causa primo introducebatur & aliqualiter cognoscebatur, exceptiones proponebantur, & formula data partes mittebantur ad judicem, penes

Digitized by Google

nes quem demum instituta tractatio ac verum judicium erat. Quod & in integrum restitutionibus eodem modo sese habebat nisi mallet Prætor officio suo nobili uti & ipse statim causam expedire. Sed revera unum tantum semper erat judicium, ideoque unus tantum libellus, unalitis contestatio, unaque sententia desiderabatur; Quod nec aliter hoc nostro casu sese habuisse existimo, quo contra usucapionem restitutio petebatur, ut sc. Prætor aditus cognita causa actionem Rescissoriam & hoc ipso restitutionem in integrum concedere diceretur, citra ullum speciale Decretum aut sententiam super rescindenda Usucapione. Desuper ipsius actionis naturæ Dd. opinio repugnat; Si enim interveniret tale remedium circa rescindendam Usucapionem, quid opus esset formula qua usucapio pro non completa intenditur? *§. 3. J. de Act.* Quid opus esset nova actione annali? *L. 35. pr. ff. de O. & A.* Si pristina competeret Rei Vindicatio. Cumque huic contra distingvatur Rescissoria *in L. 24. C. de R. V. L. 18. C. de capt. & postl. rev.* dicaturque utilis *L. 43. ff. ex quib. caus. maj.* & restricta sit ad annum, non pro nuda qualitate actionis præcedentis, sed omnino pro nova ac separata actionis specie est habenda *§. 5. J. de Act.* Falluntur itidem originem huic actioni possessionem assignantes. Cum enim actio Rescissoria Petitoria sit, quæ non ex possessione, sed ex alio jure in re oritur, ac pariter ut Publiciana ob amissam possessionem competat crassum eos eorum committere quis non persentiscat? Inter eos autem, qui de Divisione Rescissoriæ valde æstuant, eorum sententia mihi accuratissima videtur, qui triplicem affirmant: Unam quando absens usucepit rem præsentis *§. 5. J. de Act.* Alteram quando præsens absentis *L. 2. §. 1. L. 21. ff. ex quib. caus. maj.* & tertiam quando absens absentis rem usucepit *L. fin. ff. eod.* Quævis earum per renunciationem Judicialem, absolutionem &

 præ-

præſcriptionem quadriennalem, quæ in locum annalis ſubſtituta eſt §. 5. *J. de Act.* & *L. f. C. de Temp. Reſt.* exſpirat, & cum Reſciſoria actio realis ſit, hinc ſententia tam condemnatoria quam abſolutoria juxta communem actionis realis formulam fertur.

IV.

Accedimus demum ad ultimam ficti Dominii ſpeciem favorabilem maxime creditoribus. Parit illa actionem Paulianam a Prætore Paulo ita nominatam, qui primus eam albo inſeruit. Ab effectu alias Reſciſſoria etiam atque Revocatoria dicitur, cum & reſcindat alienationem, & bona in fraudem Creditorum alienata revocet. Notandum autem, quod, ſi in genere accipiatur Pauliana actio, per eam omnia debitoris negotia in fraudem Creditorum facta revocari dicantur. Dividenda ergo veniet in Perſonalem & Realem; Illa competit ad revocanda jura ac nomina a Debitore ceſſa & remiſſa *L. 1. §. 2. L. 14. L. 17. ff. Quæ in fraud. Cred.* & huc non pertinet. Hæc vero res alienatas perſequitur, & de ea tantummodo nobis hoc loco ſermo erit; Eſt autem hæc Pauliana Actio Realis Prætoria de re a debitore in fraudem creditorum alienata competens *L. 38. §. 4. ff. de Uſur. L. 102. quæ in fraud. Cred;* Inſurgunt & hic ficti Dominii oſores, & iterum fundamentum Poſſeſſionem ponunt; Verum cum jam ſatis probatum ſit ex poſſeſſione nullam oriri petitoriam actionem, talis vero ſit Pauliana, cum ea non modo contra Poſſeſſorem detur, ſed ei etiam competat, qui poſſeſſionem nunquam habuit, non egebit nova reſponſione hæc eorum objectio. Sed non deſunt, qui ex alio capite ejus originem impugnent; Nonnulli delictum vel Quaſi Contractum præſupponunt ad actiones in rem ſcriptas Paulianam referentes. At cum per eam res alienata, a Poſſeſſore, qui nullo jure obligatus eſt, petatur §. 6. *J. de Act. junct.* §. 1. *J. d. t. L. 25. ff. de*

O. &

O. & A. perquam debili fulcro eorum ſententiam ſtabiliri ipſa die eſt clarius. Alii ex Jure pignoris per immiſſionem acquiſito oriri Paulianam autumant; Sed horum etiam opinio facile refellitur: Actio enim quæ propter pignus Prætorium datur, non eſt Prætoria, ſed Civilis, ex *L. fin. C. de Pign. Præt.* Et quemadmodum in ea non requiritur talisfictio quali opus eſt in actione Pauliana *§. 6 J. de Act;* Ita hæc non modo datur immiſſis, ſed etiam quibuscunque Creditoribus per alienationem defraudatis. *L. 10. §. 1. ff. quæ in fraud. Cred.* Multo minus illi demum obtinent, qui immediatam Edicti Prætorii diſpoſitionem originem Paulianæ ſtatuunt. Ita enim Actio Dativa eſſet, talem vero exiſtere nec LL. nec exempla docent. Nam *L. 52. pr. & §. 25. ff. de O. & A. & L. 3. §. 3. ff. ad exhib.* quæ pro legitimatione ſpuriæ actionum in dativas & nativas diviſionis vulgo afferuntur, nihil ad rem faciunt. Quicquid etiam ejus Patroni objiciant, ſi modo obligationem ab actione bene diſtingvis, eorum tricis te facile exſolves; Licet enim obligationes quædam immediate ex Lege deſcendant; Exinde tamen minime ſequitur, quod & actiones ex talibus obligationibus immediate ex Lege provenientes & conſequenter dativæ ſint, adeoque eis deficiat naturalis & ſufficiens actionum materia. Manet ergo firmum, ad ficti Dominii familiam Paulianam referendam eſſe, quod ob rei fraudulenter alienatæ poſſeſſionem *L. 9. ff. quæ in fraud. cred.* & poſt bonorum debitoris alienantis excuſſionem *L. 1. L. 5. C. d. t.* in Creditores translatum præſumitur. Dividitur autem Pauliana optime dupliciter I. In directam & Utilem (illa competit ex verbis Edicti, hæc ex interpretatione) II. In perpetuam & Annalem (Hæc datur, quando alienatio facta eſt inter veniente titulo oneroſo, illa quando ex cauſa lucrativa *L. 10. ff. §. 24. d. t.*) Agit illis Creditor fraudulenta alienatione læſus *L. 4.*

 C. d. t.

Digitized by Google

C. d. t. item hæres ejus & Curator bonorum *L. 1. pr. ff. eod.* contra Possessorem rei fraudulenter alienatæ tam fraudis nescium quam conscium ; Et contra illum quidem tantum, si possideat ex titulo lucrativo, *L. 6. §. 11. ff. d. t. L. 5. C. eod.* in quantum factus est locupletior; Contra hunc vero indifferenter actio Pauliana & quidem in solidum datur *d. L. 6. §. 11.* si modo actor fraudem satis probaverit *L. 10. §. 2. L. 17. §. 1. ff. eod.* Non tantum autem contra ipsos Possessores, sed etiam contra eorum successores datur, quatenus nempe possident. *L. 10. §. f. d. t. ad* revocationem omnis alienationis, non etiam ad usuras arg. *L. 19. de jur. fisc.* sicuti nec omnes fructus peti possunt sed illi saltem, qui alienationis tempore terræ cohæserunt, vel qui post inchoatum judicium sunt percepti: *L. f. §. 4. ff. quæ in fraud. Credit.* Minime vero Pauliana contra ipsum debitorem alienantem competit, sive enim possideat bona sive non, effectus atque finis hujus actionis obtineri nequit. Volitent ut ut velint contrariæ sententiæ addicti, facile & iis alas ligabis, si actionem Paulianam Personalem separabis bene a reali, vel inter effectum ordinarium, qui consistit in rei gestæ revocatione, & extra ordinarium, qui respicit ad certam pœnam false distingves. Ad hanc enim debitori fraudatori infligendam utique agi potest. *L. fin. in fin. ff. quæ in fraud. cred. Suend. de Action. p. 196.* De cætero concurrunt cum nostra Pauliana actio Hypothecaria , actio ad Exhibendum & actio Pauliana Personalia; Cognata vero illius respectu effectus sunt actio Faviana & Calvisiana quibus revocantur ea , quæ in fraudem Patroni libertis alienata sunt; Et quidem per actionem Favianam si ex Testamento agatur, per Calvisianam vero si agatur ab intestato. *L. 3. §. 2. & 3. ff. si quid in fraud. Pater.* Utraque dividitur in veram & Quasi talem ; Veras modo exposuimus, Quasi Faviana autem

Digitized by Google

autem & Calvisiana est, qua revocatur alienatio arrogatoris facta in fraudem arrogati juxta *L. fin. ff. d. t.*

V.

Et sic forsitan satis clare ubi præsentatum erit Rei alienæ Dominium, quod Prætor ex æquitate fingit. Sed quid de illo Dominio nunc sentiendum? quod Procurator nanciscitur post litem contestatam, de quo vide, *L. 22. & 23. C. de Proc. & L. 13. pr. ff. de Pact;* Et illud quoque rei alienæ Dominium appellari posse ipsa ejus natura adstruit; Non obstat quod Procurator fiat tantum Dominus litis, minime vero rei de qua litigatur, quod exinde patet, quod actio judicati non Procuratori sed Domino *L. 28. de Proc.* & vicissim in Dominium non in Procuratorem detur, *L. 4. pr. d. re jud.*; Nec enim hoc a nobis unquam negabitur; Interim tamen, quin etiam hoc Dominium litis rei alienæ dominium vocare possimus, non video, quid impediat; Nam res nonnunquam tam late sumitur, ut & incorporalia & ipsa quoque facta comprehendat. *L. 7. 23. ff. V. S. Mozz. de Contr. Tit. Quæ ven. app. rei n. 14. & 16.* Naturam itaque hujus Dominii quod attinet, oritur illud ex suscepto judicio seu facta litis contestatione. Nam sicut stipulatione cum filio contrahitur, ita Judicio contrahi ait Ulpinianus in *L. 3. §. 11. ff. de pecul;* neque hoc intelligendum tantum de principalibus litigantibus sed & maxime de Procuratoribus prout eleganter, *Donellus. 18. 12. Conf. L. 11. pr. ff. de dol. exc. Diff. Czovius. D. 246.* Oritur enim Jus quæsitum tum adversario, tum Procuratori ipsi; Adversario, ne ipso invito Procurator mutari possit, Procuratori ut Dominus litis habeatur. Ansam ad hujusmodi subtilitates excogitandas JCtis procul dubio præbuit Juris XII. Tabb. rigor; Olim enim nemo poterat alterius negotia gerere, nec Procurator esse, nec alter alteri acquirere *§. 5. J. per quas pers. cuique acquiritur*

nisi possessionem & mediante ea Dominium, *L. 20. de A. R. D;* Obligationem vero & actionem non item, *L. 1. C. per quas pers. nob. acquir;* Postea vero ex æquitate procuratores admissi quidem, regula tamen altera de non acquirendo alteri reservata. Sequebatur ex his fontibus nec per Procuratorem posse acquiri mandatori, & porro cum nec sibi Procurator acquireret, jam tota Procuratio frustranea fuisset; Inveniendum igitur fuit JCtis per Juris fictionem aliquod medium, ut salva ista regula Juris Romani Procurator Domino acquirere posset. Quapropter finxerunt hanc speciem Dominii, quod intelligeretur per litis contestationis contractum vel Quasi transire in Procuratorem ut hujus Dominii virtute acquireret Procurator obligationem & actionem directo sibi utiliter porro mandatori *Schilt. Ex. 10. th. 43.* Sicuti autem hoc procedit tam de Procuratore actoris, quam Rei *L. 16. 17. 25. ff. de Proc. L. 23. C. eod.* Ita Dominium Litis seu controversiæ per litis contestationem Procuratoris Principalis non amittit; Minime enim hoc fictum Dominium ea virtute gaudet, ut verum mandantis Dominium excludere possit, sed potius huic subordinatum est; Etenim & hic quoque expresse dicitur litis Dominus *L. 30. 31. pr. ff. de Proc. L. 10. ff. judic. solv. L. 1. C. de sent. & interl.* poteritque semper liti adesse & Procuratori assistere. *L. 69. ff. de Proc.* Dissentiunt Donellus *18. 12.* & Gundelinus *L. 4. Jur. Nov. c. 4.* asserentes: L. Contestatione solum Procuratorem effici litis Dominium, quibus etiam subscribit Franzkius *in Comm. ad π. Tit. de Proc. n. 17.* Sed merito ab iis recedimus; Nam si modo naturam hujus Dominii penitius paulo introspicies, facile videbis, nostram sententiam juris rationi ad palatum esse, contrariam vero debile admodum habere fundamentum.

VI.

Digitized by Google

VI.

Possum autem in transitu quasi haud satis demirari Wesenbecium & Hahnium magni nominis JCtos in ea fuisse opinione, quod Procurator etiam Extra judicialis Dominus negotii fiat, cum nullam ejus rei prægnantem rationem videam; Sane cum causa proxima istius ficti Dominii sit litis Contestatio oppido conficitur: Cessante causa in Procuratione Extrajudiciali cessare etiam Effectum; *Schilt. Ex. 10. th. 48.* Res in aprico est; quapropter nihil hic moramur sententiam istam amatoribus suis linquentes, & cum effectus hujus Dominii adhuc lustrandi restent, ad illos in præsenti revertimur; Quos si in nostro foro hodie velis quærere, exiguum eorum usum invenies. Primus illorum olim erat, quod Procurator sibi actionem acquirere; Licet ex æquitate utilis domino daretur. Sed illa subtilitas hodie in foro multo minus consideratur, ubi semper acquiritur Principali per Procuratorem actio utilis; Nec opus est unquam Cessionis solennitate Romanis usitata *Brunn. ad Leg. 27. §. 1. L. 28. ff. de Proc.* Alter effectus erat Transmissio ad hæredes Procuratoris, quæ tamen soli actoris Procuratori inhærebat; non enim transmittebat Procurator rei; Testatur de hoc *L. 1. C. Theod. de Cognitor. & Proc.* Sed Theodosius & Valentinianus Impp. hanc transmissionem & Juris fictionem etiam in actoris Procuratore sustulerunt. *L. f. C. Theod. eod.* cum qua confer *Rec. Imp. de Ao. 1654. §. 100.* Tertio vi hujus Dominii factum, ut morte mandantis mandatum, quod alias fieri solet, non finiretur, sed Procurator causam nihilominus prosequeretur, *L. 23. C. de Proc. L. 15. pr. ff. eod. Mynf. 2. O. 84.* Verum hoc etiam Jus continuandi mortuo mandante nostris moribus nonesse penes Procuratorem in confesso est, ac Reassumtio Processus, ad quam heredes hoc casu tenentur, nisi in mandato expres-

Digitized by Google

expresse heredum facta fuerit mentio. *R. J. de Ao. 1654.* §. *99.* satis confirmat. *A. Fab. in C. h. t. Def. 4. Gail. 1. O. 109.* Et quamvis idem Jus, quod Julianus de continuanda Procuratione sanciverat, *L. 1. C. Theod.* in Visigothorum jure probari tradat Jac. Gothofr., tamen id in allegata *L. VIII. Lib. 2. Tom. 3.* non legitur, quam accurata explicatione illustrat Schilter. *Ex. 10. th. 46.* Imo *Czovius Lib. 3. Resp. 24.* & jam ante eum Berlich. *1. Conclus. 27. 11.* egregie demonstravit Jure Canon. recessum esse hac in parte a Jure Civili per *Clem. ultimum de Proc.* quod & expressa sanctione a Ser. Saxon. Electore factum *O. P. t. 17.* Cui tamen iterum ex parte derogatum *Mand. Elect. de d. 16. Jan. 1655.* Postremo ad Effectum hujus Dominii quoque pertinet, quod & citationes omnesque reliqui actus in judicio in personam Procuratoris tanquam Dominum concipi debuerint non in mandantem *Bachov. ad Tr. D. 9. th. 10. L. F. Hal. ad Wesenb. d. Proc. n. 18.* & quod ille pro lubitu alium Procuratorem substituere potuerit *d. L. 23. C. Proc.* Verum nec hæc nostrum forum semper sequitur. Licet enim quis hodie per Procuratorem compareat, non tamen semper sententia in nomen Procuratoris concipitur *R. J. de Ao. 1654.* §. *99.* nec Procurator in Saxonia post L. C. alium substituere potest, nisi clausula de substituendo expresse mandato sit inserta; *Czov. process. Civil. tit. 5. artic. 5. n. 6.* In locis vero, ubi Jus Civile sequuntur, secus est, *Vid. Brunnem. ad L. 8. C. de Proc. Mynf. Cent. 1. observ. 43.* Patet itaque ex dictis exiguum admodum Dominii istius in foro nostro usum esse, nec Procuratores Litis Dominos amplius haberi, præsertim in foro Saxon. quantumvis etiam Litis Dominos sese crepent; Imo usque adeo Jus Saxon. fictum illud Dominium repudiat, ut ne quidem permittat Procuratori continuere litem post mortem mandantis absque re assumcione

Digitized by Google

tione in casu, quando definitive in causa est conclusum. *Carpz. Proc. T. 5. a. 5. n. 22.* quamvis publica imperii Lege particula ista recepta sit, ut ex *Rec. Deput. Spir. de Ao. 1600. p. 73.* satis liquet.

VII.

Tantum etiam de Dominio, quod mera Juris subtilitate nititur; Vocamur nunc in alias juris nostri partes, quæ pariter rem alienam afficiunt. Antequam vero hinc abeamus, pauca de eo in procinctu quasi monere liceat, quod Vir Gravissimus jamdudum per æs & libram ponderavit. Principem urgente publica necessitate & utilitate de civium rebus Dominis etiam invitis disponere posse, communis doctrina est. Ut enim Physici duplicem naturæ intentionem considerant Universalem & Particularem; Quarum hæc vergat tantum ad conservationem individui; Illa ad specierum & ad imitandam æternitatem primæ causæ: Ita & Politici duplicem potestatis civilis rationem faciunt ordinariam alteram qua utatur princeps seu Respublica tempore libero secundum cujusque ordinem, observando etiam ad amussim jura privatorum; Alteram extraordinariam, quam propter favorem publicum & necessitatem inevitabilem nonnunquam contra jura privatorum exercet, non minus, ut universalis naturæ intentio interdum a communi serie deflectit, & ad corruptiones etiam dilabitur, ut universum salvum conservetur. Nam cedere debere jus privatorum totius populi commodo præsumto consensu, cum civitates sunt introductæ, receptum esse nullus dubito; Unde quoque hoc tralatitium: Salus publica suprema lex esto; Hanc potestatem Extraordinariam Hornius in peculiari Disp. *de Dom. Em.* Dominium Eminens vocare amat, secutus verba Grotii *de Jur. Bell. & Pac. Lib. 1. cap. 1. n. 6.* non vero illius mentem; Longius enim

 abit,

abit, & consequenter Dominium rei alienæ ſtatuit; Quo jure autem hoc faciat ingenue fateor me cœcutire. Sane propria notione loquendi neutiquam modo dictæ poteſtati Dominii nomen poſſe tribui, res ipſa loquitur. Dominium verum ſemper præſupponit proprietatem; Quis vero Principi proprietatem unquam conceſſit in bonis ſubditorum? Scrupulum forte tibi injiciunt verba Plinii in Panegyr. Ecquid Cæſar non ſuum videat; cujus eſt, quicquid eſt omnium, tantum ipſe, quantum omnes, habet; Hæc non veritas ſed adulatio obſtetrice manu deprompſit; Habet Princeps tantum Reipublicæ imperium, quod Dominio privatorum nihil officit. Ad Reges ait Seneca 7. *de Benef. 4.* poteſtas omnium pertinet, ad ſingulos proprietas; Proinde Dominium tribuit liberam & nullo modo coarctatam diſponendi facultatem; Qua ratione ergo poteſtas illa Extraordinaria nomen Dominii merebitur? cum ad caſum inevitabilis neceſſitatis & evidentis utilitatis tantum ſit reſtricta. Ratio ſtatus ad Reipublicæ conſervationem reſpiciens facultatem ipſi tunc tribuit de re aliena pro ſuo arbitrio diſponendi, minime vero Dominium quoddam, quod habeat in bonis ſubditorum, *Clapmar de arcan. rer. publicar. L. 1. C. IV.* Satius ergo eſt ad imperium referre, quod ille impropriiſſime & ſimul odioſe loquendo Dominium dicit. Imperium enim primario & ἀμέσως in perſonas ſubditorum fertur, ſecundario & mediantibus perſonis in earum bona; Imperii eſt bene adminiſtrare, conſervare & augere Rempublicam; Princeps ergo artis imperandi gnarus vi ipſius imperii in cauſa neceſſitatis & utilitatis de bonis ſubditorum diſponit; Minime vero vi iſtius Dominii Eminentis, quod nonniſi in cerebro contrarie ſentientis exiſtit; Latius excurrere inſtituti ratio non patitur; Plura vid. apud B. Dn. Leiſerum *in Diſſ. Pro Imperio contra Dominium*, qui tibi in omnibus ſatisfaciet.

VIII.

Digitized by Google

VIII.

Vulgare admodum axioma Juris est: Accessorium sequitur suum principale; Hoc quoque sæpissime ejus circa rem alienam producere, notius est, quam ut uberi enumeratione indigeat *V.* §. *26.* & *seqq. J. de R. D.* Similiter Usucapio Theatrum rei alienæ est amplissimum, ad quam ut nunc deveniamus, institutum exigit; Statim igitur in limine Alciato ad *L. 5. C. fin. reg.* & Amesio *L. 5. de Consc. c. 41.* aliquid reponendum erit, qui parum civiliter ac prudenter hunc modum acquirendi Dominii inter nævos Juris Civilis referunt. Etenim Usucapio non minus naturali æquitate quam civilis prudentiæ ratione fulta est; Siquidem illam justificat partim Legis Præsumtio: Verum Dominum aut non extare amplius aut rem pro derelicta habere, partim suma ratio: Quod generis humani & publicæ quietis maxime intersit, litium prætextus aliquo tempore finiri. Legis enim officium est possessoribus rerum præstare securitatem & finem inquit *Cic. pro Cecin.* sollicitudinis & periculi litium, quam certitudinem ipse eleganter usucapionem vocat; Quæ in contrarium afferuntur, tanti non sunt, ut ea multis arietemus; Id tantum monuisse sufficiat, Novellam Justiniani IX., quæ usucapionem vocat impiam allegationem, impiumque iniquorum hominum præsidium, esse spuriam, cum in græco textu non reperiatur. Lepide Wissenbachius: Autori illius constitutionis probe, objicias quod quondam Petro Apostolo prævaricanti: Ἡ λαλιά σου δῆλόν σε ποιεῖ, Locutio tua te manifestum facit. Dum autem originem usucapionis altius paulo repetimus, patet ex solo Romanorum instituto eam minime venisse; Nam & in sacris literis Jephtha Regi Ammonitarum sibi vendicanti terras inter Arnomen & Jacobum & ab Arabum desertis ad Jordanum sitas trecentorum

annorum possessionem objicit, & ab eo quærit, cur ipse & ejus majores tanto tempore cessaverint. *Judic. C. XI. v. 26.* Et Lacones apud Isocratem certissimum & apud omnes gentes confessum ponunt, possessiones publicas non minusquam privatas multo tempore ita firmari, ut revelli nequeant, quo jure repellunt eos qui Messenam repetebant; Imo Historici, Vetera reposcere, vani loquentiam vocant. *Tacit. annal. VI.* μυθικὰς καὶ παλαιὰς ἀποδείξεις : inquit Diodorus. *Grot. de J. B. & P. L. 2. c. 4.* Præprimis vero Græcis Usucapionem valde usitatam fuisse ex Platone *de L. L. Lib. XII.* luculenter admodum apparet. Quorum tamen Leges variarunt tum ratione rerum, quæ hoc modo acquiri possint, tum ratione temporis intervalli, intra quod acquiri debeant. Nec alia fata Usucapio apud Romanos habuit quorum Leges civiles itidem de ea variarunt; Ex Lege enim XII. Tabb. saltem Res corporales usucapi poterant, & quidem immobiles biennio, mobiles vero anno. Quare hoc jure servitutes & jura usucapione non acquirebantur; Extensio tamen postea sive a Prætore sive a Prudentibus facta est, ut etiam in iis usucapio procederet. *L. 4. §. f. ff. de Usuc.* Sed hæc extensio postea per Legem Scriboniam iterum sublata & usucapio servitutum per se abrogata fuit *d. L. 4. §. f. ff. de Usuc. & L. 10. §. 1. ff. eod.* Pariter prædie Provincialia usucapi non poterant, quia publica censebantur. Ast, cum hæc sanctio L. XII. Tabb. finiendis litibus non sufficeret, introductum fuit remedium subsidiarium ab Impp. &, ut autumat Galvanus *de Usufr. c. 12.* ab Hadriano primum, ut hæc acquisitio extenderetur etiam ad reliquas res usucapioni non subjectas. Ne autem jus Decem virale Prudentes, quorum opera Impp. in ferendis Legibus & jure emendando usi, viderentur abolere, ideo non usucapio hæc extensio dicta, sed generali vocabulo Præscriptio h. e. Exceptio, quæ ipsa Exceptio, cum revera & naturali

rali ratione nihil ſit aliud, quam Dominii longi temporis poſſeſſione quæſiti, tamen & hic delicati erant Romani, quemadmodum in hereditate & bonorum poſſeſſione diſcriminanda, atque non Dominium nec ſolam etiam poſſeſſionem hoc modo acquiri dicebant, ſed ſecuritatem perpetuam poſſidendi *L. 15. §. f. ff. de cond. in deb. L. 7. C. de præſcr. long. temp. L. 1. C. Theod. eod.* Iis ergo temporibus magnas inter Uſucapionem & Præſcriptionem interceſſiſſe differentias, nunc facile colligere eſt. Præcipua earum erat, quod Uſucapio eſſet rerum Italicarum, Præſcriptio vero Provincialium; Sed & hanc & cæteras differentias Juſtinianus *L. un. C. de Uſuc. transf.* ſuſtulit, ac præſcriptionem longi temporis ſeu Regularem & Uſucapionem confudit inter ſe ac miſcuit, atque ex utraque unam fecit uſucapionem, quæ nunc etiam eſt rerum Provincialium & durat longum tempus, cum olim biennalis eſſet; Similiter Legem Scriboniam in *d. L. un.* iterum abrogavit & præſcriptionem ſervitutibus quoque ac reliquis rebus incorporalibus denuo accommodavit. Ut autem Uſucapio quantum fieri poteſt, ad regulas Juſtitiæ ordinetur, ſciendum præter legitimum temporis lapſum, quod eſt primum requiſitum, ſecundo adeſſe debere bonam fidem. *pr. J. de Uſuc.* Porro poſſeſſionem continuam *L. 2. de Uſuc.* Juſtum titulum *L. 1. & 2. de Publ. in rem. act.* & rem ad Uſucapionem habilem, quorum unum ſi deficit, Præſcriptione Regulari ſ. Uſucapione res non acquiritur. In quibus vero rebus Uſucapio non obitneat *ex §. 1. & 4. J. de Uſuc.* optime videre licet, quibus tamen non attentis, pleræque res ibi exemptæ Præſcriptionis hodie objectum ſunt, non regularis quidem, ſed irregularis, quæ alias longiſſimi temporis præſcriptio vocatur; De re furtiva lata erat Lex Attinia, quam Paulus interpretatus eſt *L. 4. §. 6. de Uſuc.*; In foro vero

C 3 noſtro

noſtro res furtiva, amota, ex pilata, tempore longiſſimo a tertio præſcribitur *arg. L. 1. §. 1. d. unn. Except. Carpz. P. 2. C. 3. d. 16. long. temp. Richt. Dec. 96. n. 157.* Imo & ab ipſo fure, niſi Dominus probet furtum aut malam fidem, alias enim bona fides præſumitur *Czov. Dec. 117. n. 27.* Præterea in rebus fiſcalibus §. *4. J. de Uſuc. atque* Eccleſiaſticis Uſucapio ſimiliter nulla erat. *tt. C. Ne rei domin. l. templor. Vindicatio ;* At hodie tam res Fiſci *L. 4. C. de bon. vac. l. 4. C. de præſcr. 30. l. 40. ann. l. f. de fund. patrimon.* quam etiam Eccleſiaſticæ & aliorum piorum locorum per XL. annorum ſpatium acquiruntur. *Auth. Quas Actiones C. de SS. Eccleſ. N. 111. c. 1. Conſt. Elect. V. P. II.* exceptis rebus Eccleſiæ Romanæ, contra quas ſaltem centenaria currit præſcriptio *Auth. Quas actiones C. de SS. Eccleſ.* quod & noviſſime Jure Canonico confirmatum eſt *C. 13. & 17. in f. X. de Præſcript.* Atque hæc de immobilibus; Mobiles vero Res Fiſcus & Eccleſia triennio atmittit *d. Auth. quas actiones C. de SS. Eccleſ.* etiam Jure Canonico *cauſ. 16. qu. 3. c. 15.* E contrario fiſcus eas acquirit præſcriptione quadriennii contra Dominium §. *f. J. de Uſuc. L. 2. C. de quod. præſcr.* Lex dura Fiſci commodo inquit Huberus. Adverſus pupillos tamen nec hodie currit præſcriptio. *L. 3. C. quib. non obſt. præſcr. long. temp. L. 3. C. de præſcr. longiſſ. temp.* ſed demum contra minorem eaque triginta annorum *d. L. 3. C.* quibus Jus Saxonicum annum & diem adjicit. Cœterum in foro Saxonico duabus illis præſcriptionum ſpeciebus præprimis utimur, annali in rebus mobilibus & tricennali in immobilibus & in corporalibus, ut tamen recepto Jure Romano etiam aliæ hujus ſpecies ſint receptæ. *Conf. Schilt. Ex. 45.*

XI.

Succedit Donatio, quam pariter pauciſſimis delibabimus

Digitized by Google

bimus; Nemo liberalis dici meretur, qui de alieno largitur. *L. 54. §. 1. ff. de Furt.* Non enim plùs Juris in alios transferre possumus, quam ipsi habemus; Imo nunquam valere Donationem rei alienæ expresse *L. 9. §. ult. ff. de Don.* contra nos pronuntiat, quid ergo de Donatione hic sumus solliciti? Ita quidem non immerito quis quærere posset rationibus modo adductis motus. Sed illæ nobis in præsenti non satisfaciunt; Quamvis enim res aliena non possit donari, ita scilicet ut statim fiat accipientis, & proprietas vero Domino auferatur; Interim tamen eum, qui rem alienam b. f. nactus est, illam pro donato possidere ac usucapere posse nullum est dubium. *L. 2. ff. pro Donat;* Dicitur autem pro donato is usucapere, cui donationis gratia res a non domino, quem credidit esse Dominum est tradita; adeo, ut non sufficiat opinari donatam esse, *§. 11. J. de Usuc.* nisi justissimus error supervenerit *L. f. C. de Usuc. pro don.* Requiritur ergo ad hanc usucapionem 1. ut res aliena vere donata sit 2. Ut res bona fide a Donatari accipiatur *L. 1. C. de Usuc. pro don.* & per idoneum tempus possideatur & 3. Ut res sit habilis ad usucapiendum *Eck. Tit. pro Don.* Hinc non potest usucapere Magistratus, quod ipsi subditi contra Legem Juliam donarunt *L. 8. ff. ad L. Jul. repet.* necis cui servus donatus fuit sub hac conditione, ut post quinquennium manumittatur *L. 18. §. 2. ff. de Don;* Licet autem alias vir & uxor etiam eas res non usucapere possint, quas sibi mutuo donarunt. *L. 1. §. 2. pro don.* tamen quoad rem alienam abuno conjugum alteri donatam secus est *L. 2. eod.* Nam Jus constitutum, ne donatio valeat inter virum & Uxorem, ad eas tantum donationes pertinet, ex quibus & locupletior mulier & pauperior maritus in suis rebus fit *L. 25. ff. de don. inter V. & U.* Deficiente ergo hic causa impedimen-

menti cessat etiam impedimentum ipsum. Evicta vero re donata an Donatarius de evictione agere possit, quæstio satis ardua hic se nunc offert. Regulariter Donatorem non præstare evictionem *L. 18. §. 3. ff. de Don.* testis est locupletissimus. Si tamen stipulatione *L. 2. C. de Evict.* aut pacto legitimo imo etiam de Jure novo pacto tantum simplici evictio fuerit promissa, utique præstandam esse Dd. communiter affirmant; Præterea eam etiam a Donatore posse Donatarium exigere, si dolo & fraudulenter rem alienam donaverit. *L. 18. §. f. ff. de Don.* aperte docet; Imo datur tunc etiam Donatorio doli actio. *Brunn. ad alleg. L. 18. §. fin. n. 1.* modo nesciverit rem non fuisse Donatoris, alias enim regressus ei non conceditur *arg. L. 27. C. de Evict;* Insuper evictionem quoque in Donatione remuneratoria præstandam esse, minus est dubii, cum non ex mera liberalitate proficiscatur, sed sit potius quædam permutatio & compensatio beneficii quam vera Donatio; *Mascard. de Prob. Conclus. 1243. n. 61.*

X.

Occasio hic demum oritur quærendi: An, quod de Donatione modo diximus similiter in Dote procedat? Quod utique affirmandum; Potest etiam quoad conditionem usucapiendi res aliena in dotem dari, & potest is pro dote usucapere, cui dotis titulo res aliena est tradita, modo sit tradita sine vitio *tt. ff. pro dote;* Quantum ad evictionem, ea quidem regulariter non præstanda, si dos a traditione incepit *L. 1. C. de Jur. Dot. Mangil. de Evict. Quæst. 70. n. 7;* Sed hæc Regula tantum procedit in dote voluntaria, quando nempe extraneus aliquam dotavit, quoniam ejus intuitu dotis datio donationis est species; In necessaria vero locum non invenit, sed omnes istæ per-

Digitized by Google

personæ, quibus necessitatem dotandi lex in posuit, de evictione in distincte tenentur *Hartm. Pist. L. 2. qu. 41. n. 7;* Nec in voluntaria dicta Regula absque exceptione est, quod facile patebit *ex d. L. 1. C. de Jur. dot.* quæ exceptis casibus abundat; Usucapere autem prodote potest non tantum maritus qui verus est *L. 1. §. 3. ff. pro dote*, verum etiam sponsus, si non evidenter appareat, a sponsa rem traditam fuisse ea mente, ut non ante ejus fieri velit, quam si nuptiæ secutæ sint. *d. L. 1. §. 2.* Hoc enim si factum est, usucapio non procedit, sicuti nec ea sponsus gaudebit, ubi matrimonium non est secutum *d. L. 1. §. 3.*, neque maritus, qui se putavit maritum esse, cum tamen fortassis matrimonium esset illegitimum, *d. L. 1. §. 4.* Quod reliquum est, hoc titulo usucapi omnes res possunt, sive res singulæ an pariter universæ in dotem dentur *d. L. 1. §. 1. L. 72. de Jur. Dot. L. 4. C. eod. L. un. C. de Usuc. pro dote.* Imo etiam communes, si videlicet illi, qui acceperunt, res dantis crediderint, qui casus multis proponitur in *L. ult. ff. pro dote &* videri hic potest *L. 1. C. de comm. rer. alien.* Alioquin quidem rem communem pro parte socii usucapere non licet, quia omnis verus titulus deficit *L. 22. C. fam. herc. L. 3. C. in quib. caus. cess. longiss. temp. præscr. L. 13. ff. fam. herc;* Dantur autem hæ res in dotem vel æstimatæ vel non æstimatæ; Si æstimatæ datæ fuerint & quidem venditionis gratia, ante matrimonium neque pro dote neque pro suo usucapi poterunt *L. 2. ff. pro dote*, nam estimatio facit emtionem *L. 10. ff. d. J. D;* Jam vero pro emptore nemini usucapere integrum est antequam conditio existat *L. 2. §. 3. pro emt.* Ideo etiam neque pro dote usucapere alicui licebit, antequam matrimonium sit subsecutum. *Wes in Parat. ad h. t;* Si vero res non æstimatæ in dotem datæ fuerint, tum ante nuptias pro suo *L. 1. §. 2. in f. pro dot.* con-

 stan-

ſtante autem matrimonio pro dote uſucapio locum habebit *d. L. 1. §. 3. C. A. p. 668.*

XI.

Familiariter rem alienam etiam Legatum recipit *§. 4. J. de Leg.* Quod quamvis primo intuitu abſurdum videatur, jure tamen nihilominus receptum & ab Imperatore in d. §. 4. approbatum eſt, propter favorem nempe teſtamenti, & quo ultima voluntas eventum ſuum ſortiatur. *L. 14. §. 2. de Leg. 3. L. 10. C. de Legat;* Legans autem rem alienam ita legare cenſetur, quaſi injungat hæredi ejus redemtionem, ſi juſto pretio queat redimi. *L. 39. §. 7. de Leg. 1.* Etenim nihil in præ judicium Domini alterius teſtamento diſponi poſſe verba XII. Tabb. *Ut rei ſuæ legaſſit,* ſatis indicant. *L 120. de V. S;* Si vero redimi nequeat, præſumitur teſtatorem voluiſſe, ut heres præſtet ejus æſtimationem *d. §. 4. J. de Leg.* Nec hac ratione repugnat tale legatum verbis iſtis XII. Tabb.; Nam ſic legans rem alienam de ſuo legare intelligitur: Onerat enim heredem, ut rem redimat & redemptam præſtet. Erat autem hoc olim proprium ſolummodo eorum legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, ſicut indicat *L. 30. §. ult. ff. de Leg. 3.* & expreſſe teſtatur Ulpianus *in fragmentis, ſub. Tit. de Legatis;* Hodie vero licebit etiam uti verbis Legati Vindicationis propriis utpote Do Lego & ſimilibus, ut eleganter Vinnius *ad Tit. de Legatis.*

XII.

Solent autem legatæ rei alienæ triplicem ſtatuere differentiam, quod nempe ſit vel heredis vel legatarii, vel tertii cujusdam, quæ in hac materia in ſpecie aliena dici ſolet, ut ex dicto *§. 4. & ſeqq.* apparet. Rem heredis legari poſſe notum eſt, non minus quam ipſius teſtatoris; Nam quem honorat quis eundem etiam onerare poteſt. *L. 1. §. 6. de Leg. 3.* Imo valet legatum, etiam ſi Teſtator ſuam eſſe puta-

putaverit *L. 67. §. 8. de Leg. 2.* quod tamen in re in specie aliena secus est. Nec electio heredi competit utrum rem an vero æstimationem præstare velit, sed rem suam præcipue legatario offerre tenetur *arg. L. 75. §. f. de V. O. L. 176. de R. J.* nisi fortean singularem aliquam affectionem erga rem istam docere possit, v. g. quod avita sit, vel ex donatione Principis ad ipsum pervenerit. *Bachov. Comm. ad J. de Leg;* Quod vero rem Legatarii attinet (quamvis ipse per fideicommissum juberi possit eam alteri ut præstet *§. 1. J. de sign. reb. per fideic. rel*) ipsi tamen legari nequit. Et quamvis Testator putet suam esse, Legatum tamen ipso jure nullum est, adeo, ut non modo rem ipsam, (quod per naturam fieri nequit, scilicet Dominum fieri, qui Dominus jam est) sed ne pretium quidem petere possit *§. 10. J. de Leg.* Imo usque adeo Legatum nullum est, ut ne valere quidem incipiat, post quam Legatarius eam sive sciens sive ignorans alienaverit *L. 41. §. 2. de Leg. 1.* nisi legatum expresse sub hac conditione relictum sit *L. 1. §. ult. de Reg. Cat. & d. l. 41. §. 7.* Et hoc ex ratione Regulæ Catonianæ, quæ inspicit tempus facti testamenti, nec patitur postea validum fieri, quod ab initio nullum atque inutile fuit; Si tamen res revocabiliter tantum ad Legatarium pertineat *L. 82. §. 2. de Leg. 1,* aut tertius etiam in ea jus habeat, heres utique eam liberare tenebitur; Ad quem effectum etiam sibi ipsi recte quis legatur. *L. 43. §. f. de Leg. 1. L. 15. de capt. & postlim. rev.*

XIII.

Quæ autem prorsus aliena seu tertii cujusdam est, ea valide ac cum effectu legari potest, sive civis cujusdam sit sive hostis, modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit ac jure commercii comparari. *L. 104. §. 2. de Leg. 1;* Hinc excluduntur hostium res immobiles quoniam nulla earum est translatio. *L. 103. de V. O.* item res in patrimonio

principis, ut ne quidem æstimatio earum debeatur, quoniam commercium earum regulariter non est *L. 39. §. f. ff. de Leg. 1.* quemadmodum rerum fiscalium est, quæ in Fisci tantum sunt patrimonio, ut loquitur Papinianus *L. 72. §. 1. de contr. empt.* Sunt denique res, quæ non modo in Principis sunt patrimonio, ut sunt prædia Forwerge, Schäffereyen & similia, sed etiam usibus principalibus h. e. personis principum deserviunt, ut erant olim horti Sallustiani, de quibus Marlian. *in Topogr. urb. Rom. L. 4. c. 23.* Fundus Albanus in monte Albano, quem Albanam villam *Corn. Tacitus in vit. Agric. c. 45.* vocat, intra quam sententia Cottæ Messalini Tiberio amici sed atroci sententia promptissimi strepuit; In quam Domitianus Pontificis Maximi jure s. potius immanitate inquit Plinius L. 4. Ep. 11. reliquos Pontifices convocavit, cum Corneliam Maximillam Vestalem defodere vivam concupisset; Hic est ille Albanus, in quo idem quotannis Quinquatria Minervæ celebravit *Suet. c. 4.;* Quam Martialis Parrhasiam aulam vocat & sumtuosissimam structuram celebrat. L. 8. Epig. 36. De villa Cæsarum vero ad Gallinas confer eundem Marlian. *L. V. C. 23.* Hodie Fürstl. Residentz Häuser, Rennebahn, Lust-Gärten. Hæc talia testamento legare velle furiosi est inquit JCtus in *L. 39. §. 8. de Leg. 1* Similiter ea quæ Ecclesiæ sunt, cum commercium eorum regulariter non sit, nec legari possunt, *c. 5. X. de Testam*, id quod & Juri Civili omnino conforme est, ut hactenus nulla ejus sit differentia a Pontificio, quantumvis Pontifex rationem decidendi adæquatam non assignaverit.

XIV.

Notandum autem præterea tum demum subsistere legatum rei alienæ, si Testator sciens alienam esse legaverit; Nam si ignoravit, non valet legatum nisi sit personæ conjunctæ aut piæ causæ relictum *L. 10. C. de Leg.* cum affectio

fectio erga personam conjunctam aut piam causam præsumtionem de non gravando herede vincere videatur *d. Leg. 10. C. de Leg.* Sed quis scientiam hoc casu probare debeat? nunc quæstionis est. Probationem legatario incumbere *ex d. §. 4. J. de Leg. & L. 21. in f. de probat.* facile evincimus; Dum enim Legatum petit, simul contendit id valere; Jam vero hoc non valeret, nisi probare posset, scivisse Testatorem esse rem alienam, ut eleganter Hortensius in *L. 15. §. 1. ff. de Pign.* Probare autem sufficit saltem præsumtive ex conjecturis arbitrio judicis discernendis, quales etiam sunt, si probet testatorem rem occupasse absque justo titulo, vel a non Domino, vel pupillo scienter emisse, quibus casibus præsumitur potius scientia rei alienæ, quam juris ignorantia. Probata hoc modo legitime a Legatario scientia tum heres demum valide obligabitur, ut vel rem legatam vel æstimationem præstet. Sed quid Juris erit, si Legatarius rei legatæ factus sit dominus, antequam ab herede præstaretur? Merito recepta est distinctio, utrum ex causa lucrativa, an onerosa dominium sit nactus; Si ex lucrativa, veluti donatione rem prius sit adeptus, nihil ex testamento quod petat, habet, propter Regulam: Duæ lucrativæ causæ in eandem rem & eundem hominem concurrere non possunt *L. 17. de O. & A. add. L. 108. §. 4. de Leg. 1. L. 66. §. 1. de Leg. 2.* Si vero ex onerosa, veluti emtione, permutatione, aut simili, aperto testamento pretium, quod ipsi abest, ab herede peti posse, nullum est dubium; Idemque procul dubio dicendum erit, si Testator rem alienam legaverit, quam Legatarius modo emerat, sed cujus pretium nondum solverat; Id enim vel ab herede præstandum, vel solutum a legatario actione ex Testamento recuperandum Jurisperiti censent. Adeoque in Effectu nihil refert, utrum rem alienam putes emptam ante factum testamentum

Digitized by Google

neque tum solutam, vel post Testamentum ante mortem Testatoris; Verba enim & rationes Textuum inter hos casus nullam admittuut distinctionem §. *6. J. de Leg. L. 34.* §. *7. L. 84.* §. *5. de Leg. 1. Hub. de Leg. n. 6.* Ab eadem ratione pendet etiam hæc quæstio: An is, cui duobus Testamentis eadem res legata fuit, ex utroque Testamento fructu legati gaudere possit? Sane si tam prudens aut felix fuerit legatarius, ut ex eo, quod prius apertum est, testamento consecutus sit æstimationem, tum ex sequenti rem ipsam petere, haud prohibebitur, quia verum est, rem eum non habere; At si res statim ei tradita fuerit, jam penitus transactum est, frustraque de pretio postea laborat, quia, dum rem sine onere nactus est, pretium ejus similiter tenet; Nam valor inest rei, ut corpori dimensio, sed non contra valori in est res, ac toto genere differunt pretium & quod pretio æstimatur. *L. 88. ff. de V. S. L. 34.* §. *2. de Leg. Hub. de l.*

XV.

Casus hactenus decidimus, quibus rem totam legatarius acquisivit, antequam ab hærede præstaretur; Dignum nunc quæsitum est, quid eveniat? si quis fundum alienum sibi legatum non totum emerit, sed nudam ejus proprietatem duntaxat, usufructu penes Dominum manente, qui tamen mox finitus cum proprietate, sit consolidatus, qui casus tractatur in §. *9. J. de Leg.* Et hoc in casu Legatarium fundum simpliciter h. e. totam æstimationem petere posse Justinianus expresse dicit. Quod quamvis prima facie maxime dubium videatur, cum res aperto testamento apud Legatarium reperiatur titulo quod ad Usumfructum lucrativo, nihilominus tamen sustineri ac defendi potest. Nam ut nuda proprietas etiam est dominium, & proprietarius Dominus *L. 57. de usufr.* ita fundus quoque usufructu detracto fundus est; Proinde qui jus tantum ad proprietatem habet, non agit male si fundum petat. Mentio usus-

fru-

fructus omissa non magis nocet, quam si quis fundum petens servitutis ei impositæ non meminisset; usufructus enim, qui servitus personalis est, non pluris quam servitutis rusticæ vel urbanæ hac parte æstimatur, ut Imperator affirmat. Verum ut sæpe actoris intentio Judicis officio temperatur; Ita hic, postquam heres replicavit probavitque usumfructum sine onere ad Legatarium pervenisse, partes sunt Judicis æstimationem inire, quanta sit nuda proprietas deducto usufructu, neque plus Legatario præstari jubebit, quam proprietas sola, priusquam secundo eventu usufructus afflueret, valere poterat §. 82. §. 2. *de Leg. 1.* Hæc est perspicua §. 9. explicatio, quam Huberus & diu ante eum Theophilus expressit; Nonnulli eam reprehendunt, sed quo jure non video. Alia species legatæ rei alienæ in §. 12. *J. d. t.* habetur, quando nempe res tempore facti testamenti fuit propria Testatoris, sed mortuo eo reperitur aliena, facta ab ipsomet alienatione; Equidem si de animo constet, eum legatum adimere voluisse, nihil, quod petat, habet Legatarius. Ad hoc autem dijudicandum distinctio recepta est, utrum voluntaria an vero necessaria fuerit causa alienandi: Nam, si ut æri alieno pareret, vendiderit, aut in solutum rem dederit, pretium adhuc recte petetur, quia non creditur alienasse animum a legatario testator, sed necessitati obsecutus, nisi liquido ab herede probetur, mutatam fuisse omnino voluntatem. *L. 11. §. 12. de Leg. 3.* scilicet, quod cum posset se rebus aliis vendendis expedire, nullas tamen potius quam res legatas, ne gauderet iis legatarius, distraxerit. Si vero constet alienandi rationem fuisse prorsus arbitrariam, haud dubia res est, quin animus adimendi ex ipso facto sufficienter eluceat, veluti in donatione *L. 18. de adim. leg.* similibusque de quibus accipiendi textus in *L. 8. de Leg. 1. L. 15. de Adim. Leg. L. 1. & 3. de pecul. leg.* Quod si rem postea redemerit Testator, Legatum se-

mel

Digitized by Google

mel extinctum non reviviſcit, niſi de nova voluntate conſtet *L. 15. de adim. leg.* excepto ut videtur libertatis legato *L. 58. de manum. teſtam.* Ita *Hub. in Præl. p. 283.*

XVI.

Poſt multiplices legatæ rei alienæ ſpecies ultimo de Feudo quærimus: An illud etiam a Vaſallo legari poſſit? Multiplices Dd. opiniones hac de re conquirere operæ pretium haud erit; Dicam breviter quid mihi arrideat, ſentiant alii, quicquid velint. Feudum ſua natura & regulariter eſſe in commercio, negari equidem haud poteſt, cui nec Textus *2. F. 9.* obſtat. Sed an in Teſtamento aut per aliam ultimam voluntatem alienari poſſit? eſt altioris indaginis. Sane & diſpoſitio Juris Feudalis & genuina ratio ita me afficiunt, ut facile ad partes negantium accedam. Jus enim atque mos earum gentium, quibus in uſu ſunt feuda, ſicuti ex Teſtamento ſucceſſionem & omnem rem teſtamentariam non agnoverunt olim; Ita permanſiſſe Feudum materiam inteſtabilem, ſeu cujus alienatio in teſtamento non admiſſa, firmiter concludo; Donare enim aut judicare pro anima (per ultimam voluntatem ad cauſas pias) vel in dotem pro filia dare, nullius curiæ poterat conſvetudine ait collector Feudalium Obertus de Orto *2. F. 9.* Sequi videtur ex his fontibus legatum feudi alieni ipſo jure nullum eſſe adeo ut ne quidem æſtimatio peti poſſit, quo Baldus Alvarottus & infiniti alii inclinant. Verum contraria opinio verior apparet, tum quod Jure Feudali de re aliena leganda nihil inveniatur diſpoſitum, proinde Juri communi ſtandum, quo Legatum rei alienæ validum eſſe expeditum eſt, tum etiam quod æſtimatio feudi ſit res allodialis, & quod hic ceſſet ratio diſpoſitionem teſtamentariam in feudis impediens, videlicet præjudicium Domini & agnatorum Ludw. *Syn. feud. c. 9.* Nec eos hic attendimus qui feudum proprium legari poſſe negant, de alieno vero ſecus

ćus ſtatuunt, cum nulla diverſitatis ratio ab ipſis dari queat. De cœtero quod communis conſvetudo maribus in feudo, idem fœminis in Gerada mores Saxonici tribuunt. Quamobrem & Gerada regulariter legari nequit, fieret enim in præjudicium cognatæ, ad quam Lex vel conſvetudo Geradam pertinere voluit; At an ſaltem æſtimatio debeatur? quæſitum & a JCtis Lipſienſibus Anno 1619. d. 3. Martii affirmatum fuiſſe Strauchius refert *Diſſert. 10. A. 3.* quos ſequi & nobis jam erit integrum, cum nullum cognatæ præjudicium hac ratione ſubeſſe poſſit.

XVII.

Quod Juris eſt in Legatis, id etiam in mortis cauſa donationibus procedit, *L. 15. & ſeqq. de mort. cauſ. don.* Similiter idem obtinet in fideicommiſſis ſingularibus, cum ea legatis in omnibus ſint exæquata *L. 1. & 2. C. comm: de Legat.* Quapropter rem alienam etiam mortis cauſa donari, vel fidei commiſſo alteri relinqui poſſe, nunc ſtatim oculis occurrit; Hoc tamen obſervandum, ne quis plus rogetur reſtituere, quam ipſe ex Teſtamento accepit. Ut enim non debet gravari is, qui non eſt honoratus *L. 9. C. de Fideic.* ita nec plus onerari, quam ex hæreditate accepit; Ratio enim & æquitas non patitur, ut quis de alieno ſit liberalis. Perez *in C. de Fideic. n. 5;* Quod vero univerſale Fideicommiſſum attinet; Res aliena itidem ejus Objectum eſſe poterit; eatenus ſcilicet, quatenus eſt penes teſtatorem, & quatenus tacite ſub fideicommiſſaria hæreditate comprehenditur; Nam hic eadem eſt rationis itenditas, quæ in hæredis inſtitutione, cujus Objectum hac ratione itidem res aliena eſſe poteſt. Suend. *ad Eck. Lib. 28. T. 1. n. 25. &c.*

XIIX.

Cœterum libertas voluntatis ultimæ tanti a Quiritibus æſtimata fuit, ut certis caſibus de re aliena etiam expreſſam diſpoſitionem permiſerint; Ex ſingulari enim privile-

E gio

gio introductæ ſunt Pupillaris, militaris & Exemplaris ſubſtitutiones, quæ nihil aliud ſunt, quam teſtamenta de patrimonio & ſucceſſione liberorum, adeoque de re aliena, diſponentia *§. 4. J. de Pupill. Subſtit. L. 10. §. 5. ff. de Vulg. & pup. ſubſt.* Quid ſit pupillariter ſubſtituere, item quibus & a quibus fiat ſubſtitutio nec Juſtinianeis novis ignotum eſſe poteſt; Quare ea capita profuſe hic exponere, horrendamque legum & Dd. turmam ſubſcribere non erit opus. Ut brevis ſim: ſubſtitutio Pupillaris eſt effectus Patriæ poteſtatis. Qui ergo illam tenet, is etiam hos novit, qui poſſunt ſubſtituere. Excludi matrem & maternum avum nunc pariter palam eſt arg. *§. 10. J. de Adopt. pr. & §. f. J. de pupill. ſubſtit.* cum liberos non habeant in poteſtate, idque nec hodie ſecus eſſe Czov. confirmat. *P. 3. C. 8; D. 16.* Mox tamen *Def. ſeq.* ſubjicit, quod clauſula codicillari ejusmodi ſubſtitutio in fidei commiſſum flecti ſoleat *add. Gail. L. 2. O. 114. H. Piſt. P. 4. q. 9. n. 20.* Liberis præterea impuberibus tantum ſubſtitui, ipſum hujus ſubſtitutionis nomen exprimit; Nec intereſt hæredes ſcripti an vero ex hæredati fuerint *§. 4. J. de Pup. Subſt. Vasq. Illuſtr. Contr. L. 3. c. 106. n. 9.* Nepotibus vero tum demum avus ſubſtituere poteſt, ſi in poteſtatem Patris poſt mortem ejus non ſint recaſuri *L. 2. ff. de Vulg. & Pup. ſubſt.* cum filii familias non poſſit eſſe Teſtamentum *pr. J. quib. non eſt perm. fac. teſt.;* Sed quid his rebus notius?

XIX.

Ad imitationem pupillaris ſubſtitutionis introductum fuit, ut mutis & ſurdis, prodigis quoque & mente captis a patre ſubſtitueretur, ſi quandocunque in tali conditione, qua teſtari ipſi non poſſunt, deceſſerint, idque impetrari debebat ut beneficium a Principe, prout ex facto refert Paulus *L. 43. de vulg. & pup. ſubſt.* quod Juſtinianus ita emendavit,

Digitized by Google

davit, ut Juris communis factum fuerit, possintque omnes Adscendentes, etsi non habeant patriam potestatem, his substituere, *per. L. 9. C. d. t.* ita tamen, ut cæteris liberi harum personarum præferantur *d. L. 9.* & quidem ex ratione juris omnes, neque enim pater eos præterire aut exhæredare potuisset, multo minus alius. Quæ substitutio Quasi Pupillaris & Exemplaris itemque Justinianea appellatur, & continetur etiam tacite in pupillari, ita ut concepta in casum mortis tantum in ætate pupillari intelligatur etiam in casum mortis ultra pubertatem concepta, si in tali conditione intestabilitatis permanserit ex causa furoris vel alterius impedimenti, *arg. L. 4. d. t.* Quod tamen in prodigo etiam hodie obtinere simpliciter vix asseram, cum is non amplius testari absolute prohibeatur, sed ejus ultima voluntas subsistat, si ibi posteritati suæ probe prospexerit, per *Nov. Leonis 39.* quam in Praxi receptam esse Dd. testantur Carpzov. *P. 3. C. 6. def. 11.* Cæterum Jure Romano miles quoque hoc gaudet Privilegio, ut possit etiam ultra pubertatem liberis substituere docente Papiniano *L. 15. ff. de vulg. & pup. subst.* cui quippe Jura Civilia ignorare & hæredem ex die & in diem facere licet, quod tamen salvo jure filii intelligi posset, si is pubes factus non ipse hæredem sibi scripserit, ne deterioris conditionis militis filii sint quam pagani; Sed Diocletianus & Maxim. Impp. effectum tali substitutione Fidei commissi dederunt. *L. 8. C. de imp. subst. C. A. de Test. milit. n. 12.*

XX.

Quatenus circa rem alienam pacisci etiam quis possit, dum trutinare nunc est animus, mox in primordio cum Wesembecio nobis res est, qui pactum de re aliena penitus inutile existimat in *Parat. ad Tit. de Pact. n. 6.* motus hac præsertim ratione, quod Jure Romano ex pacto

 nudo

Digitized by Google

nudo non detur actio, sed exceptio saltem, quæ tamen hoc casu plane esset in utilis, cum de Jure Tertii excipere non liceat; Verum enim vero non solum jam tum Jure Romano per pactum de re aliena Domino restituenda ipsi Domino acquirebatur actio utilis per Text. expressum. *L. pen. C. ad exbib. cui jung. L. 13. ff. de pign. act,* & ex pacto tertii, si non pacti, doli tamen competebat exceptio *L. 25. §. f. L. 26. ff. de Pact.* Sed & hodie in genere asserendum videtur, ex omni pacto circa rem alienam in utilitatem Domini apposito Domino actionem utilem dari, cum, si is factum paciscentis ratum habuerit, negotium ejus gestum videatur. *Mev. Part. 4. Dec. 112.* Adsunt Dd. qui hac in parte Notariis singulare quid tribuunt, quasi pactum eorum circa rem tertii in hujus utilitatem interpositum magis quam alterius privati valere debeat. *per L. 18. ff. de Adopt. L. 2. 3. 4. Rem. pup. salv. fore. Schot. in Exam. π. Tit. de Pact. n. 17.* Verum nihil speciale ipsis, qua talibus, hoc loco dari posse autumo, cum Notarius officium suum impertiri non possit nisi imploratus *Const. Maxim. I. de Ao. 1512. Tit.* Von Notarien, §. Und nach dem neque rogatus ordinarie præsumatur. *Menoch. de Præs. L. 2. Præs. 81;* Nec obstant Textus supra in contrarium allegati: Quanquam enim iis casibus ab infante non potuerit rogeri, jussus tamen Prætoris successit in locum rogationis partis. *Hahn. ad Wes. Tit. de Pact. n. 7.* Denique cum expediti Juris sit moribus nostris ex omni pacto deliberato animo inito valide agi posse; Ex tali pacto non tantum Domino sed & ipsi paciscenti actio dabitur, modo tamen ejus aliqua ratione intersit *Don. L. 12. c. 17. in pr.*

XXI.

Non tantum autem dicto modo circa rem alienam pacisci licet, sed etiam ut nobis solis actio commodumque quæ-

Digitized by Google

quæratur; Rem enim alienam ſimpliciter quoque promitti poſſe textus in *L. 51. ff. de V. O.* ſatis evincit; Sed eo caſu non proprietas ſed traditio tantum, & ut habere liceat, in pactionem videtur deducta arg. *L. 28. ff. eod.* Præterea recte etiam paciſcimur de re tertii in caſum, quo promittentis eſt futura *L. 38. §. 4. ff. de V. O,* cum conditionalis hæc ſit obligatio, quæ usque ad exiſtentiam conditionis in ſuſpenſo eſt. *§. 4. J. eod. & ibi Schneidew. n. 13;* Dantur tamen nihilominus nonnulli caſus, ubi pacta de re aliena in ſpecie reprobantur Legibus, *qui in C. A. p. 123.* prolixe enumerantur; Præprimis illud pactum olim nullius momenti erat, quod fiebat ſuper hæreditate viventis vel acquirenda vel omittenda *L. ult. ff. de ſuis & leg. hæred. & L. 3. C. de Collat.* Contrariam Papinianus ejusmodi conventionem bonis moribus pronuntiat. *L. 29. §. f. ff. de Don.* nec abſimile encomium *in L. ult. C. de Pact.* nanciſcitur, quæ eam odioſam ac plenam eventus periculoſi nominat, cum votum captandæ mortis non tantum contineat, ſed etiam impediat liberam teſtandi facultatem, præterea moribus ac Jure Romano Lege tantum & Teſtamentis, non vero pactis, hæreditates deferantur; Quibus rationibus eo ducuntur *Mynſ. Dec. 14. R. 4. n. 15. & Gailius L. 2. O. 126. n. 1.,* ut tale pactum ne quidem juramento confirmari poſſe autument; Verum quamvis non diffitear dictas rationes admodum ſpecioſas videri, iis tamen pauliſper ad examen vocatis facile patebit, eas tanti non eſſe, ut id conficiant, quod allegati Dd. tradunt. Inquis: Juramentum quod actui illicito accedit eſt ipſo jure nullum; Facile hoc tibi largior, ſi de actu naturaliter illicito id intelligendum velis; Verum unde probabitur pactum de hæreditate viventis per ſe & ſua natura contra bonos mores eſſe? Inſtas: Ita expreſſe dicitur in *d. L. ult. C. de Pact.* Reſpondeo: Maculam, qua ibi notatur, mere juris poſi-

tivi esse; Naturali enim rationi non repugnare vel exinde liquet, quod licite fiat consentiente eo, de cujus hereditate agitur *d. L. ult. C. de Pact.* Nec obstat, quod captatio mortis alterius non possit non nutrire peccatum; Neque enim eam revera omni ejusmodi pacto in esse existimo, sed tantum in ibi jure Romano præsumi; Cœterum quantumvis JCti Romani pactum de viventis hæreditate reprobaverint, valuit tamen conventio ἀλληλοκληρονομίας inter Comilitones in procinctu, uti videre licet ex *L. 19. C. de Pact.* Usu etiam Feudorum receptum fuit, ut uxorem quis duceret ad Morganaticam *2. Feud. 29. 2. F. 26. c. filii nati* i. e. ne ex matrimonio, quod contrahitur suscepti Filii patri succedant; Qua de re plerumque convenire solent viri nobiles, qui habentes liberos ex nobili uxore defuncta ducunt plebejam, idque faciunt consulentes libris prioris matrimonii, quanquam utrique nobiles censeantur; A qua conventione non multum abire secundas nuptias apud Brabantos Wissenb. *ad. π. P. 1. D. 19. th. 27.* asserit. Denique & moribus nostris pacta de hereditatibus viventium sunt licita, & tam inter illustres quam privatas personas crebro celebrantur. *Eyben. ad Perezin C. de Pact. n. 14. lit. E.* Unde in fine non immerito Hottomanni laudamus sententiam, qui statuit hodie tertium obtinere heredum speciem, qui Conventionales dici possent, propterea, quod moribus invaluerit, ut pactis etiam conventis hereditas deferatur. *Heig. P. 1. Q. 23. 13.*

XXII.

Veniendum nunc ad Contractus. Regulariter equidem res alienæ in Contractum venire nequeunt. *t. t. C. de reb. alien. non alienand;* Attamen, cum res aliena vendi posse dicatur *L. 28. ff. de contr. empt.* communiter distingvitur: An in contractu agatur præcise de translatione

tione Dominii, an vero non: Illo casu rem alienam non admitti omnes asserunt. Si vero Contractus Dominii translativus haud sit, iterum videndum est; An res aliena sit æque commoda ad id, quod secundum Contractum exigitur, an vero minus commoda? Priori casu nihil refert an res propria an vero aliena tradatur. Posteriori vero subsistit quidem Contractus hactenus, ut accipiens obligetur ad reddendum; Sed tamen contractui, qui dedit rem alienam, non satisfacit, Unde contrario judicio conveniri potest, ut aliam rem tradat. *Struv. Ex. 19. th. 5.* Sed his applicandis non immorabimur; Satis enim in subsequenti singulorum Contractuum examine elucescent.

XXIII.

Cum Dominii translatio de substantia mutui reputetur, ac ita dare debeat mutuans, ut res accipientis fiat *L. 2. §. 2. ff. de R. C. pr. J. quib. mod. re contr. oblig.* nunc facile colligere est, rem alienam ejus cancellis haud includi; Exceptio tamen est in pecunia pupillari, quam fœnori ex ponere Tutor expresse jubetur. *L. 3. C. de usur. pup.* sub pœna condemnationis in usuras; Nec audiendus est Tutor cum dicit, se ideo pecuniam fœnori non exposuisse, quod idonea nomina non invenerit, si arguatur eo tempore proprios nummos bene collocasse, *L. 13. §. 1. ff. de adm. et peric. Tut.* Præterea valet etiam contractus, si Dominus alieno nomine propriam pecuniam credat, aut ejus consensu alius suo nomine, actioque tum acquiritur, cujus nomine pecunia data est. *L. 2. §. 4. de R. C. L. 2. C. per quas pers.* Aliquando mutuum quoque alienæ rei non quidem subsistit ab initio, ex post facto tamen convalescit, v. g. Si quis suo nomine alienam pecuniam mutuo dederit, eaque ab accipiente fuerit consumpta. *L. 13. ff. de reb. cred. L. 56. §. 2. de fideic.* Ante consumtionem enim num-

mi

mi ipsius minime fiunt, sed a vero Domino semper vindicari possunt, per consumtionem autem demum mutuum confirmatur *per d. L. 13. d. R. C.* Verum ut & hac ratione valide subsistat, bona fides in mutuatorio adesse debet, alias enim haberetur pro eo, qui dolo desiisset possidere. Ad explorandam vero bonam fidem juramentum deferri potest, quo ordinarie illa exploramus, quæ in animo consistunt. *Seraph. de Seraphin. de jur. priv. 1. n. 3.* Denique non solum consumtione sed & aliis modis mutuum alienæ rei convalescere palam est, quales sunt superventio Dominii & subsequens Domini ratihabitio, sicuti & confirmatur, si pecunia mutuata lapsu triennii fuerit usucapta, quem casum exhibet *Glossa in L. 15. ff. de cond. ind.*

XXIV.

Adeo valide Contractum Commodati circa rem alienam celebrari, ut etiam fur & prædo rem furtivam commodando actionem commodati acquirant, neminem latere poterit, qui distinctionem in *Aph. 22.* a nobis traditam ad animum revocare ac textum *L. 16. commod.* inspicere haud gravabitur; Sed quid dicendum? Si a vero Domino ante finitum usum res commodata vindicata fuerit & commodatario inde damnum evenerit; Facile & hic responderi poterit; dari tum ipsi adversus commodantem actionem contrariam, cum beneficiis juvari nos non decipi oporteat *arg. L. 17. §. 3. ff. commod. L. 2. C. eod. Perez. ad C. d. t. n. 14.* Modo tamen sciverit commodans rem esse alienam *arg. d. L. 17. §. 3. Zoes. h. n. 16.* Neque enim amplius quam de dolo & lata culpa tenetur; Cæterum eum, qui rem sibi commodatam vel apud se depositam alteri sciens commodaverit *L. 54. §. 1. de furf.* intuitu lucri inde percepti furti etiam teneri *§. 6. J. de oblig. quæ ex del. nasc.* satis dilucide nos docet; Id quod tamen §. 7. seqv.

mox

Digitized by Google

mox limitatur, nisi is in ea opinione fuerit, se id facere Domino non invito, tum enim deficeret substantiale furti, animus scil. furandi. *L. 76. de furt. L. 37. pr. ff. de Usur;* Quo casu tamen ipsius assertioni non ita temere credendum, cum Juris præsumtio contra ipsum militet. *L. 48. §. 3. ff. de Furt.* Sed Judicis hic partes erunt inquirere, num probabilem istius opinionis causam habuerit; *Menoch. A. J. Q. L. 2. C. 229.* Cujus arbitrio itidem plane relinquendum censeo, qua pœna ejusmodi commodans afficiendus sit, cum circumstantiæ sæpe jus varient & delinquenti pro quantitate delicti modo major modo minor pœna imponenda veniat. Sicuti autem commodari potest res aliena, ita etiam valide deponitur, cum in deposito nihil quam custodia transferatur. *L. 17. §. 1. ff. depos.* Hoc tamen semper probe observandum : Ne quid detrahatur alterius justiori petitioni, prout elegantissima *L. 31. §. 17. ff. depos.* nos monet. Hinc si res aliena apud extraneum fuerit deposita præfertur Dominus, modo de ipsius Jure satis constet *d. L. 31. §. 1.* Si vero apud ipsum Dominum res fuerit deposita, is tunc depositi non tenebitur *L. 15. ff. depos. L. 45. de R. J.* Quanquam enim depositi causa ita sit summaria, ut non admittat exceptionem *L. pen. C. depos.* ac instrumentum depositi paratam executionem habeat, *Colerus de Proc. Exec. P. 3. C. 7. n. 15. & 19.* Dominii tamen exceptionem non esse excludendam Dd. volunt, modo ea probari possit in continenti. *Brunn. ad L. pen. C. h. t. n. 5. & seq.* Cum in causis quantumvis executi vis exceptionem notoriam vel incontinenti probabilem admitti satis nota Praxis sit. *Zang. de Except. P. 3. C. 26. n. 6. Carpz. P. 1. C. 8. Def. 17. Vid. tamen Dec. noviss. 2.*

XXV.

Qui sciens rem alienam pignori dedit in stelliona-

tus crimen incidit. *L. 16. §. 1. de Pign. act.*, & contra qui hoc titulo rem alienam sciens accipit, furti macula adspergitur. *L. 36. ff. de cond. indeb.*, vix itaque est, ut rei alienæ domicilium hic possit extrui; Interim tamen Catenus etiam res aliena hic admittitur ut contractus valeat, & subsistat actio pignoratia *L. 9. pr. & L. 22. §. 2. ff. de pign. act.* tam respectu debitoris, quam Creditoris, ut ex dictis LL. apparet. Præterea Creditori actio etiam Realis competit non modo contra ipsum debitorem, si rem possideat *L. 21. §. 1. ff. de Pign.* sed & contra tertium possessorem *L. 18. ff. eod.* Quibus casibus tamen sedulo dispiciendum: An Creditor rem alienam sciens sibi oppignorari passus sit, an vero ignorans? Si scivit, merito ipsi denegatur actio hypothecaria, sibi enim imputet, quod rem alienam pignori acceperit; Ei tamen retentio competere potest, si adhuc possidet, quoniam in pari causa melior est conditio possidentis *L. 1. de pign. L. 14. ff. qui potior. in pign.*, & quia improbe debitor fecerit, si ex suo mendacio se juvari velit; Ast si ignoraverit Creditor, ei actio hypothecaria utique datur adversus debitorem vel posteriorem Creditorem, vel alium possessorem non Dominum, quia, ad hos quod attinet, plus ille in re aliena juris habet. *L. 9. §. pen. L. 22. §. 2. L. 32. ff. de act. pign. L. 18. ff. de pign.* Et multo magis ignoranti Creditori beneficium retentionis, si possidet, concedendum erit; Quia cui datur actio, ei multo magis exceptio dabitur. *Cujac. L. 8. ad African. fol. 570.* Cœterum dicta Regula, quod res aliena pignoris nexu ita obligari nequeat, ut alteri plenum jus in re acquiratur, pariter non est perpetua; Plures enim casus dantur quibus pignus rei, alienæ aut valet aut convalescit, aut confirmatur. Pone quod voluntate Domini res obligetur, valebit pignus *L. 30. ff. de pign. act.* quia volenti non fit injuria; Videtur enim ipse

ipſe hoc caſu rem ſuam pignori ſupponere, non per ſe, ſed miniſterio ejus, qui id fecit. Sic etiam, ſi Dominus ſciens diſſimulet in fraudem Creditoris ignorantis rem non eſſe ſuam, eamque patiatur ei a debitore obligari, pignus valide contrahitur, propter fraudulentam diſſimulationem Domini, qui fingitur conſenſiſſe, ne impunita ejus ſit calliditas cum alieno detrimento. *L. 2. C. ſi alien. res pign. detur.* Similiter convaleſcit pignus, ſi Dominus oppignorationem ratihabuerit, *L. 20. ff. de pign. act.* Ratihatio enim æquiparatur mandato & ad initium actus retrotrahitur. *L. 16. §. 1. ff. d. t.* Præterea tum etiam obligatio ſubſiſtit, ſi creditor rem ſibi pignoratam alteri oppignoraverit. *t. t. C. Si. pignus pign. dat. ſit.* Quid vero ſentiendum, Si debitor, qui rem alienam obligavit, poſtmodum ejus rei fiat Dominus, veluti ſi Domino rei obligatæ tanquam hæres ſuccedat? Hoc caſu pignus, quod antea non valuit, ex poſt facto non ipſo jure confirmari *in L. 5. C. Si alien. res pign. dat.* perſpicue habetur. In caſu vero converſo diſceptatio major eſt; Si nimirum Dominus rei obligatæ ſucceſſit debitori, qui rem alienam pignori dedit, An creditori tum contra Dominum rei oppignoratæ nunc hæredem hypothecaria ſaltem utilis concedatur? In hac quæſtione diſſentiunt inter ſe juris noſtri autores. Nam Modeſtinus affirmat pignus ex poſt facto directe quod non convaleſcere, attamen utilem actionem pignoratitiam creditori dari *L. 22. ff. de Pign.* Paulus vero negat dari creditori pignoris perſecutionem. *L. 41. ff. de pign. act.* In quarum Legum conciliatione ita laborant interpretes tam veteres, quam recentiores, ut Hottmannus *ad Tit. ff. Quæ res pign. L. 15. Obſ. c. 15.* & cum eo Bachovius *Tr. de action. diſp. 3. th. 36.* in explicabilem earum contrarietatem judicet; Sed facile eas conciliari putarem, ſi ſecundum

Glossam distincti explicentur casus. *Perez. ad Cod. tit. Si res alien. pign. circ. fin.* Postremo etiam valida est obligatio, si sub conditione res aliena pignori data fuerit: Si mea esse cœperit; *L. 16. §. 7. ff. de pign. & hypoth.* Contingitque hodie satis frequenter id quoties oppignorantur omnia bona tam præsentia quam futura *L. 15. ff. §. 1. de pign. Dn. Stryk. de Cautel. Contr. S. 2. cap. 4. §. 15.* ubi conditio hæc sine dubio inesse videtur.

XXVI.

Videamus nunc: An etiam res aliena stipulationis Objectum quodammodo esse queat? Quæ a Dd. in stipulationem dandi ac faciendi communiter dividitur; Priorem quod attinet, sciendum est ab illa res alienas penitus removeri; Nam dare est Dominium transferre *L. 75. eod.* quod in rebus alienis fieri nequaquam potest. *L. 54. de R. J.* Secus vero est in stipulatione faciendi, in quam res alienas deduci posse videtur admittendum, v. g. rei alienæ vacuam possessionem tradi *L. 75. §. 7. ff. de V. O.* Referenda huc quoque erunt facta aliena, quæ equidem regulariter in obligationem non venire notum est, cum nemo alienum factum promittendo obligetur per *L. 38. pr. ff. de V. O. L. 3. C. ne uxor pro marit;* Interim tamen dantur casus, quibus & factum alienum recte spondetur e. g. Si quis factum illorum, quos in potestate habet, promiserit. *L. 24. §. 6. de damn. inf.* Item si pœna stipulationi sit adjecta *§. 14. J. de inut. stip. L. 71. ff. de V. O.* quia, qui pœnam promittit, id spondet, quod facere potest, & de se & suo facto promittit. *Manz. ad d. §. 21.* Liquidius tamen adhuc obligabitur, si verba constitutum vel fidejussionem sapiant. v. g. Ich will dafür stehen, ich will ihn schadloß halten; quo casu revera proprium factum promittitur. Alii cautelam suppeditant, ut factum alienum sub juramento promittatur,

Digitized by Google

tatur, quo ipſo jurantem ad intereſſe obligari tradit Gomez *Var. res. L. 3. R. 10. n. 23.* Verum cum Juramentum ſequatur naturam actus, & inde inter pretationem capiat, verba: Juro Titium ſoluturum; non aliter capi poterunt, quam me credere, ipſum ſoluturum, vel me operam navare velle, ut ſolvat, unde temerarium hoc juramentum ſine vi obligandi vocat Setſerus *de Juram. L. 1. c. 17. n. 31. Hillig. ad Don. L. 12. c. 19. in fin.* Porro, ſi quis alium daturum vel facturum ſe effecturum promiſit, tunc pariter absque mentionē pœnæ ſimpliciter obligatur. *§. 3. J. de inut. ſtip.* quia hic etiam non tam alienum quam proprium factum continetur; Tenetur autem hoc caſu præciſe ad effectum, nec liberatur præſtando intereſſe, itaque ſi in vanum laboraverit, nec conatui eventus reſpondet, in id, quod intereſt, condemnatur, prout contendit Treutl. *V. 2. D. 27. th. 1. Lit. b. per d. §. 3. J. de inut. ſtip. & L. ult. §. 1. de R. C.* Sed rectius diſtingvere videtur *Bachov. d. D. 27. th. 2. Lit. G.* utrum factum promiſſum ſit mere perſonale, & ita comparatum, ut ab alio præſtari nequeat, an vero per æquipollens ab ipſo, qui promiſit, ſimiliter adimpleri poſſit, quo poſteriori caſu admittit ſententiam Treutleri, eoque adductos Textus reſtringendos cenſet. *Eckolt. de V. O. §. 8.* Hæc omnia, quæ jam dicta ſunt, etiam ad pactorum materiam referri poſſunt; Stipulationis enim amplius vix uſus eſt, cum hodie ex pacto nudo, ut dictum eſt, non minus ut olim ex ſtipulatu actio nobis competat.

XXVII.

Ad emptionem venditionem nunc feſtinans, quoad eam nihil intereſſe, an quis rem propriam vendat an alienam ex *L. 28. ff. de contrah. empt. & L. 11. §. 9. de A. E. & V.* facile probare poſſum; Quanquam enim emtor num-

 mos

mos venditoris facere debeat, cum sit debitor generis. *L. 11. §. 2. de A. E. & V.* primitusque emtionis venditionis contractus videatur introductus, ut res daretur pro pretio; Quæ datio nonnisi propriæ rei esse potest; Ob utilitatem tamen commerciorum, & ut difficilis venditori & admodum periculosa Dominii evitaretur quæstio, aliud postea jure introductum est, *d. L. 11. §. 2.* Ita ut hodie ex natura hujus contractus venditor tantum obligetur ad tradendum, & vel ad transferendum Dominium, si ipse sit Dominus, vel ad præstandam evictionem, si Dominus non fuerit, *Brunn. ad d. L. 82. Mangil. de Evict. Quæst. 10. n. 2;* Cum enim iniquum penitus esset re emtori ablata pretium retinere venditorem *l. 11. §. 18. de A. E. V.* illud jure constitutum est, ut ex ipsa contractus natura venditor ad evictionem teneatur, etiamsi de ea in contractu nihil actum fuerit *L. 19. ff. L. 6. C. de Evictión.* Qui igitur ignorans rem alienam vendidit & tradidit, obligationi suæ in tantum satisfecisse censetur, ut ante ejusdem evictionem ab emptore conveniri non possit *L. 3. C. de Evict. L. 39. §. f. ff. de A. E. & V;* Quod si vero in ipso limine contractus evictio immineat, i. e. antequam pretium fuerit solutum vel actio intentetur contra emtorem. *L. 18. §. 1. ff. de per. & commod. rei vend.* vel ei saltem denuncietur rem esse alienam *L. 24. C. de Evict.* pretium emtor eo usque retinere poterit, donec venditor de evictione idonee caverit *d. L. 18. §. 1. & L. 24. eod.* Licet hic sit solvendo *Brunn. ad d. L. 24. C. d. Evict. n. 5.* Ubi tamen eo incommodo Emptor, si fructus rei percepit, e contrario afficitur, ut postquam de evictione cautum fuerit, non solum pretium ipsum, sed & usuras ejus persolvere cogatur. *L. 13. §. 20. ff. d. A. E. &. V. L. 2. C. de Usur;* Nec obstat, quod emtor eo intuitu non videatur in mora esse, cum Lege permittente solutionem differat

L. 24.

Digitized by Google

L. 24. C. de Evict. Ad uſuras enim emtor venditori non tantum ob mortam obligatur, ſed & quod iniquum ſit eum & pecuniam retinere & re emta ſimul frui *L. 18. §. 1. ff. L. 5. C. de A. E. & V.* unde & ſaltem ſecundum quantitatem fructuum uſuræ exigendæ ſunt. *Covaruv. L. 3. Res. C. 4. Mantic. de tacit. & ambig. conv. L. 4. T. 24. n. 5. ſeqq.* Majores enim ut ſolvat, quam quæ perceptis fructibus correſpondeant, æquitas pati poſſe non videtur. Cautelam præterea utilem, qua emtor ſe a præſtatione uſurarum liberare poſſit. *Czov. Deciſ. 11. n. 8. ſeqq.* ſuggerit, ut ſcilicet pecuniam in judicio deponat, cujus depoſitionis requiſita ap. *Zang. de Except. P. 3. C. 2.* videri poſſunt; Non ſolum enim tunc in mora non conſtituitur, utpote juſtam recuſandæ ſolutionis cauſam habens. *L. 21. & 22. ff. de Uſur.*; Sed & oblatio & depoſitio judicialis vim ſolutionis habet *L. 9. C. de Uſur. L. 9. C. de Solut.* nec pretium ſimul cum re habuiſſe dici poteſt, qui illud judicialiter depoſuit. Si vero contingat, ut perfecto jam tum contractu ac pretio ſoluto res tradita evincatur, emtori ignoranti rem alienam fuiſſe, actio emti dabitur non tantum ad pretium, quod numeravit, ſed & ad id, quod ejus intereſt rem alienam venditam non fuiſſe *L. 60. & L. 70. ff. de Evict. & ibi Brunn.* quæ actio ut competat varia requiſita probe obſervanda ſunt; Imo enim requiritur, ut emtor conventus denunciet venditori litem ſibi motam eſſe. *L. 7. & 20. C. de Evict.* Quod usque adeo verum eſt, ut ſi res petita ſæpius vendita per plures manus ambulaverit, omnibus denunciandum ſit venditoribus usque ad primum, nec obligeturis, cui denunciatum non fuit *Carpz. P. 3. D. 212. n. 1. & 2.* Nam denunciatio etiam ſcienti facienda eſt *Mangil. de Evict. Q. 4. n. 14.* Niſi venditor expreſſe ei renunciaverit. *Stryk. de Caut. contr. Sect. 2. c. 8. n. 46.* vel ſciens litem eſſe motam ſponte comparuerit. *Caballin.*

Google

ballin. de Evict. §. *3. n. 44.* vel etiam si simul cum emtore eodem libello fuerit conventus; *Mascard. de Prob. Concl. 115. n. 16.* Præterea necesse habet emptor monere venditorem, ut veniat & sibi in lite assistat, *L. 21. & 23. C. de Evict.;* Cui requisitioni sive paruerit venditor sive non ad evictionem emtori æque obligatur; Modo tamen & requisitio & denunciatio tempestive (quod & post L. C. fieri potest. *l. 29.* §. *f. 1.*) & judicialiter facta sit *Carpz. P. 3. D. 211. n. 9. seqq.* ut & de Jure Saxon. transmisso libello & annexis actis. *O. P. C. 14. post. pr. vers.* Und ihme von dem; Fit perinde multis modis ut a venditiore evictio exigi haud possit; Quod & tum accidit si vel sciverit, emptor rem alienam sibi venditam *L. 27. C. de Evict. L. 7. C. Commun. utriusque jud.* tunc enim furtum ab ipso committitur *L. 12. C. de Furt.* vel etiam conventum inter contrahentes fuerit, ne evictionem venditor præstare teneatur *L. 11.* §. *ult. de A. E. & V.* quo casu tamen pretium deberi dicta Lex. 11. eod. §. indicat. Cessabit similiter de evictione actio, si emtor vel sponte rem tradidit, de qua controversia mota est vel cum adversario transegit arg. *L. 17. C. de Evict.* Nisi jus evincentis fuerit notorium, bonam enim fidem agnoscere non videtur prohiberi *arg. L. 9.* §. *6. ff. de adm. & peric. Tut;* Præterea nec obligabitur venditor si in arbitrum emtor compromiserit, cum nulla necessitas eum huc adegerit *L. 56.* §. *1. ff. de Evict. & ibi Brunn.* Quod tamen limitandum arbitror, si venditor se obligaverit ad evictionem quocunque etiam modo res evicta fuerit; Cum enim hæc verba in instrumento frustra haud posita esse possint, de hoc certe casu imprimis intelligenda erunt; *Mangil. de Evict. quæst. 13.* Porro nec eo casu præstabit evictionem venditor, si res de facto per violentiam emptori fuerit ablata, etiamsi eum defendere promiserit de Jure & de facto. *L. fin. C. de A. E. & V.*

Brunn.

Brun. ad L. f. C. de Act. Emt. Nisi in hunc quoque casum nominatim venditor se obligaverit. *Stryk. Caut. Contr. Sect. 2. c. 8. §. 42.* Quod si enim ipse Dominus emtorem spoliaverit, Dominiique exceptione opposita contra ipsum fuerit judicatum, videtur equidem, concedendum ipsi regressum contra venditorem esse, *L. 16. §. 1. de Evict;* Verum cum vel interdicto unde vi, vel remedio Canonis redintegrandæ *c. 3. q. 1.* vel condictione ex *C. 18. X. de rest. spol.* uti potuerit, quibus nec Dominii nec ulla alia exceptio opponi potest. *C. f. X. de Ord. Cogn;* habebit, quod sibi imputet emtor, quod convenienti remedio non usus fuerit, *Mozz. de Contr. rubr. de natur. emt. & vend. n. 4.* Denique uno verbo, quoties emtori culpæ nomine quid imputari poterit, prouti Exempla in *L. 55. pr. ff. de Evict. L. 56. §. 1. & 3. L. 63. §. ult. eod.* reperiuntur, contra venditorem regressus ipsi itidem non dabitur *Zœs ad π. de Evict. n. 31.* Neminem enim ex alterius culpa damnum sentire debere Regula juris satis trita est. Atque hæc quidem de effectu venditæ rei alienæ dicta inter ipsos contrahentes obtinent, quæ omnia tamen minime obstant, quo minus verus Dominus rem suam vindicare possit, cum alterius facto alteri præjudicari vel iniqua inferri conditio nec possit salvo jure nec debeat. Evenit tamen nonnunquam, ut usucapio ipsi impedimento sit t. t. *ff. pro empt.* quo minus eam possit revocare; Imo etiam interdum invito Domino rem alienam vendere certis personis licet, quales sunt Creditor post trinam denunciationem factam debitori, Judex judicatum exequens, & exactor Censuum Fiscalium de quibus vid. *Brunn. ad L. 1. C. de reb. alien. non alien.*

XXIIX.

Digitized by Google

etiam huc applicanda erunt. Poteſt enim quis rem alienam ſimiliter cum effectu locare *L. 7. & L. 9. d. L.* modo ignoret rei qualitatem nam ſi ſciens eam locet furtum committit *arg. L. 54. §. 1. de furt.* ſi ſcilicet ſit mobilis, quo caſu tamen conductor mercedem præſtare non recuſare poteſt, ſi cum locatore verus Dominus non concurrat *arg. L. 31. ff. depoſ. Bach. ad Tr. V. 1. D. 29. th. 2. B.* Si vero Dominus ſuperveniat & non patiatur conductorem re ſua frui, locator illi ad id, quod intereſt, tenetur non tantum ubi ſcivit rem eſſe alienam verum etiam ubi ignoravit. *arg. L. 19. pr. §. 1. Loc.* Liberabitur tamen poſteriori caſu a præſtatione ejus quod intereſt, ſi rem ſimilem æq; commodam præſtet. *L. 1. 9. pr.* vel juſtam ignorantiam docere poſſit. *arg. L. 19. §. 1. in f. l. 33. ff. eod.* Præterea etiam res aliena qua talis ſive ſcienter locari poteſt, quod contingit, quando conductor rem conductam alii locat, id enim regulariter, niſi aliud conventum, licet & ſublocatio appellatur *L. 7. 8. L. 24. §. 1. L. 30. pr. ff. Locati* Modo tamen fiat æque idoneo *arg. L. 13. §. f. eod.* & ad eundem uſum *arg. L. 15. §. 1. ff. d. t.* ita ut primo locatori omnia ſalva ſint, neque ei exinde naſcatur aliquod præjudicium *Mæv. P. 4. Dec. 101.* Cœterum de emphyteuſi idem ſtatuendum, quod de emtione & locatione aſſerere non dubitavimus, non tantum *arg. §. 3. J. de Loc.* ſed & quia ita ſimilis emtioni atque locationi dicitur, ut dubitatum fuerit inter veteres, numne ad aliquam harum ſit referenda, *L. 1. C. de Jur. Emphyteo.* Nec immerito huic quoque ob ſimilitudinem contractum feudalem ſtatim ſubjungimus, nam & ejus objectum rem alienam eſſe poſſe *arg. 2. F. 8. pr.* ſatis probari videtur, ſufficitque præſtare vaſallum habere licere, *Struv. P. J. F. C. 6. §. 9. n. 1.* ſeu Dominum obligari de Evictione *2. F. 25.* Ut autem ad Evictionem tam in emphytevſi, quam in Feudo obligetur Dominus directus, omnia pariter requiſita, quæ ſupra circa emtionis contractum recenſui, & Vaſallo & Emphyteuticario obſervanda erunt. Pariter & iis caſibus quibus emtori contra vendi-

venditorem non datur regreſſus, nec vaſallo & emphyteuticario dabitur contra Dominum *Schneidew. in Ep. Feud. P. 4. n. 69. & ſeq.* Illud tantum ſingulare videtur quod vaſallo non ad omne intereſſe detur actio, ſed liberetur Dominus vel præſtando aliud feudum ejusdem æſtimationis vel numerando pretium quod eſt tempore evictionis ut vel eo aliud feudum comparet, vel in ipſa pecunia conſtituatur feudum irregulare *Struv. S. J. F. C. 4. §. 2. in f. Stryk. E. J. F. C. 8. Q. 9.*

XXIX.

Tacebo ſocietatem tum etiam circa rem alienam iniri, cum futurorum bonorum contrahitur ſocietas *L. 33 ff. pro ſoc.* quæ tacite ſemper cenſentur comprehenſa contracta omnium bonorum ſocietate *L. 3. §. 1. L. 52. §. 16 eod.* Id ſaltem ſufficiet ad probandum rem alienam itidem objectum ejus eſſe, quod ſi ſocietas contracta ſit, ut certam quantitatem ſocius quisque inferat, ſatisfacere etiam obligationi videatur rem alienam inferens præſtansque ejus Evictionem, cum furtiva quoque res poſſit fieri communis *L. 13. in f. ff. d. t.* quare nec alteri ſocio prius competere actio poterit, niſi actualiter res ſit evicta; Quod vero de Evictione dictum non procedit, ſi univerſitas aliqua in ſocietatem ſit illata, cum in iis quæ per univerſitatis modum transferuntur, ſingularum rerum non præſtetur evictio, *arg. L. 2. ff. de hæred. vel act. vend;* Id tamen ſecus eſt, ſi certam quantitatem is qui intulit affirmaverit, *L. 15. eod.* aut ſi ſciens ineſſe res alienas ignorante altero ſocietatem iniverit, tunc enim dolus interceſſiſſe videtur. *L. 3. §. ult. pro ſoc. Brunn. ad L. 1. eod.* Cœterum circa rem alienam mandatum etiam poſſe contrahi prolixa demonſtratione non indiget, cum *in §. 3. & 4. J. de mand.* illud expreſ-

Digitized by Google

XXX.

Ultimo nec quasi Contractus rem alienam respuunt, quorum multi circa eam pariter sæpissime versantur. §. 1. *J. de Oblig. quæ quas. ex contr. L. 1. §. 7. Naut. Caup. Stabul. . 25. §. 21. fam. bercisc. pr. J. quod cum eo qui in alien. pot;* Verum cum vix videantur habere aliquid notatu dignum, quod meæ intentioni inserviat, brevitatis causa eos prætermittam. Deflectamus nuc a Jure privatorum paulisper ad illustriora animum & videamus, quatenus etiam Principes jus in re aliena sibi arrogare valeant; Et primo quidem nunc ea quæstio huc pertinebit, an Principi in alieno territorio potestatem exercere liceat? quam Juris publici interpretes varie decidunt. Nemo facile ibit inficias, exercitium potestatis non posse denegari Principi, si volente Domino in alienum territorium se contulerit, cum certe non præsumendum sit, quod Dominus territorii omnem ipsi authoritatem potestatemque voluerit detractam, qui bona istius pace illud intravit, imo potius amicabiliter eum excipiendo favorabili quadam interpretatione, ut plenissima dignitate instructus veniret, concessisse præsumitur, cujus præsumtionis vi ac efficacia etiam facta legati Regis Galliæ & Legati Regis Hispanorum, qui propria authoritate criminalem jurisdictionem in suos exercuerunt quondam, justificari Zouchæus *solut. quæst. De Legat. delinqu. for. compet. p. 33.* autumat. Verum de hoc familieritatis jure nobis in præsenti non sermo est, sed de jure formaliter acquisito, quod hodie multi Imperii Proceres vel ex speciali privilegio, vel ex præscriptione vel demum etiam alia ex causa in alieno territorio possident. Sic tempore Comitiorum Ser. Elector. Saxoniæ in alieno territorio plenissimam jurisdictionem sortitur, Ad eum enim tanquam Archimarschallum imperii omnis cognitio pertinet, ac jus impertit, non modo statibus & eorum familiis, sed etiam advenis & forensibus hominibus sive causæ civiles sive criminales sint.

Bert.

Digitized by Google

Bert. de Com. imp. memb. 2. n.60. ita ut interim quiescat civitatis in qua comitia habentur jurisdictio, cum iniquum esse videatur, totius imperii membra nomine imperii congregata unius & quidem inferioris status jurisdictioni subjici. Præterea etiam extra comitia idem Serenissimus Elector Saxoniæ nonnunquam jurisdictionem in alieno territorio nanciscitur, quam primum nempe imperium vacare contingit, tunc enim fit Vicarius imperii, quod officium *ex Aurea Bulla cum Palatino* equidem commune habet, sed hodie inter hunc & Bavariæ Electorem de eo controvertitur. Extant ea de re publica scripta, Utriusque partis jura in compendio exhibent *Sprenger. Jurisprud. publ. lib. 2. cap. 30. & Limn. ad Aur. B. cap. 5. §. obs. 5. & 7. 8. Add. T. 3. c. 11. p. 215.* nos ab iis penitus abstinemus. Est autem Saxoniæ Elector secundum Auream Bullam c. 5. provisor imperii in iis locis ubi jus Saxonicum observatur, Palatinus vero in partibus Rheni & Sveviæ nec non in Franconia; ambo habent eminentia jura omnia potestatemque imperatoris potestati in omnibus comparandam, tummodo excipias Feuda majora vulgo **Fahn Lehn** dict. A. B. c. 5. quoad investituram scilicet non quoad Jurisdictionem *Carpz. de L. R. c. 2. S. 15. n. 9. & seqq.* & si qua alia probari potest exceptio, possuntque statim quamprimum de vacantia ipsis constiterit, absque requisitione Electoris Moguntini his juribus uti, cum enim Vicariatum Leges imperii fundamentales immediate deferant, non opus erit, ut præcedat factum hominis. Ad effectum præterea pertinet, quod Camera imperialis tempore Inter regni non demortui Imperatoris sed Vicariorum sigillis uti necesse habeat. *Limn. ad A. B. c. 5. §. 1. obs. 9. n. 2.* Et quod in quovis territorio vicariorum authoritas se exserat; Non autem hæc quæ diximus,

Digitized by Google

tino dato, quod habetur apud Goldast. in Reichs-Satzungen. *T. 2. P. 2. p. 114.* satis apparet; Nec licere imperatori alium interim nominare Vicarium, probamus Caroli V. facto, qui Ferdinandum fratrem Vicarium constituens consensum Palatini & Saxonis requirere primum, iisque pro majori cautela literas, reversales quas vocant, dare necesse habuit *Goldast. d. l. p. 242. art. 3. Cap. Car. V.* De Cœtero aliud illustre jurisdictionis extra territorium competentis exemplum adhuc in Palatino sese offert, cui Imperator, Rexque Romanorum super caussis, pro quibus impetitus fuerit, respondere tenetur, quod tamen judicium nullibi, quam in imperiali Curia, ubi Imperator sive Rex Romanorum præsens extiterit, poterit exercere, secundum Capitulum 5. *A. B. sub fine.*

XXXI.

Sufficiant hæc de exercitio potestatis in alieno territorio, quamvis multa adhuc in medium afferri possent; Videndum nunc erit, quatenus & alia superiora jura princeps in alterius Principis territorio sibi acquirat. Non enim infrequens est, unam provinciam plurium dominatu fatigari, & jura quæ in uno territorio superioritati connexa sunt, in altero divisa reperiri, ita, ut uni aliquando competat, Die Landes Fürstl. Obrigkeit, alteri die Wildt-Bahn, tertia dir Voigtey und Erb-Gerichte inquit Godofredus Feyer-Abendt *in diss. de sub. territ.* Acquirit autem Princeps hujusmodi Regalia in alieno territorio, tum mediante conventione, tum etiam per præscriptionem, prouti jam supra dictum; Et ita quidem, ut vel sub ordinate vel etiam simul cum Domino istius territorii iis uti possit, si ita fuerit conventum; imo etiam præscriptio nonnunquam eo effectu gaudet; Quod enim per præscriptionem acquiri potest exclusive, id quoque concurrenter poterit. Præterea notam est ex Feudistarum principiis præscriptionem esse loco Investituræ *Schrad. in feud. P. 7. c. 4. n. 15.* Cum ergo pluribus per investituram Jura territorii conjunctim

possint

poſſint concedi, ſequitur inde quod etiam conjunctim præſcriptione acquiri poſſint. Sed mittamus hæc generalia, & rem exemplis illuſtremus. Refertur ad Regalia jus vectigalia exigendi; Inveſtigabimus igitur primo loco: An ſtatui cuidam imperii in alterius ſtatus territorio exigere veſtigalia liceat? Quod merito affirmandum, tum quia non minus vectigalia quam Jurisdictio præſcribi poſſunt, tum etiam quod ea pariter conventione vel in totum vel pro parte transferri queant, hocque jure competere Regi Sveciæ poteſtatem una cum Sereniſ. Electore Brandenb. vectigalia in ulteriori Pomerania exigendi teſtatur *Art. 30. Tract. Stetin. de an. 1653.* Deinde ſimiliter in quirimus: an idem, quod modo de vectigalibus affirmavimus, de Jure conducendi dici poſſit; quod eſt Regale majus jure ſuperioritatis in via publica & fluminibus pro ſecuritate peregrinantium regulariter competens, ab aliis Fidantia ſeu jus ſecuritatis nominatum. *Orth. de jure conducendi c. 1.* Et hoc etiam jus ſtatui imperii immediato per alterius immediati terras poſſe competere, ſatis nos exempla docent; Conducit enim Elector Palatinus **durch die Obergraffſchafft Catzenellenbogen von der Bergſtraſſen an bis gen Franckfurth.** item **in der Marggraffſchafft Baden bis gen Pforzheim** & Marchio Badenſis per territorium Palatinatus usque ad Bretheimium Dux Wurtenburchenſis vero per urbem Gemundam; *Strauch. Diſſ. exot. 11. n. 2.* Sic etiam hoc Regali Jure Haſſiæ Landgravii per Wetteravia gaudent ut & per Civitatem Fridebergenſem & Wezlarienſem *Jll. Dominus Rhezius in Inſt. J. P. L. 2. c.* Quo jure conductus tamen non comprehenditur regulariter jus permittendi tranſitum, quantumvis etiam illud poſſidens jus perſequendi depopulatores ſecum habeat. Sed quid de jure Po-

Digitized by Google

confutat *Ackolt. Tr.* von Post Regul *c. 2.* Sane & illud in alieno territorio tum præscriptione tum etiam per gratuitam conventionem acquiri posse exempla testantur. Porro argenti aurique fodinas itidem præscribi, vel alio quovis modo in alienis terris acquiri posse firmiter arbitror. Imo & jus venandi in alieno territorio præscriptionem admittit *Zoanettus in Tr. de dupl. venat.* §. 2. Sæpiusque vi ejus accidit, ut duobus principibus in una eademque sylva uno vel diversis modis competat Jus venandi, quod usu in multis Germaniæ locis observari tradit *Gail. de pignor. c. 24. n. 7.* De piscationibus idem esto judicium, quamvis enim regulariter hæc jura territoriis inhæreant, posse tamen ea quandoque separari videre est ex *Mynſ. Conſ. 16. n. 45.*

XXXII.

Tanta Juris circa rem alienam vastitas atque amplitudo est, ut in Tractatum excurreret Dissertatio, si omnia quæ huc referri possent, prolixe exponere pergeremus; Tum enim de Jure Annatarum itidem multa dicenda essent, quod commodo Pontificum adinventum est, similiter de Jure Aggratiandi in alieno territorio ut & de Transitu militari, de Jure Apperturæ, sequelæ & Præsidii, imo demum de Jure pactum Conseterniatis in alterius ditionibus quæsito & infinitis aliis adhuc disserendum foret; Sed cum ad tantum rerum molem nec tempus nec vires in præsenti sufficiant, eam saltem attigisse satis sit; Id postremo duntaxat monebimus quod & in mari Jus aliquod circa rem alienam detur; Et illud quidem Angli possident, quorum naves de missis venerari velis extra confiniam quoque navigantes Belgæ necesse habent; Quod ipsum inter pacis Articulos anno 1674. Anglos inter Belgasque conditos expresse habetur. Denique defensio necessaria etiam tam privatis, quam Principibus jus circa rem alienam sæpe tribuit; Tempore incendii enim ædes alterius destruere privato promissum est, si suas has ratione conservare possit, *L. 49. §. 1. ad Leg. Aquil. L. 3. de Incend. Ruin. Naufrag.* Alia exempla vide apud *Simon in pec. Diſſ. quid in neceſſ. circ. rem alien. liceat.* Principi vero Belli tempore avertendi periculi causa alienum Fortalitium occupare licet, nehostis illum locum invadat & inde irreparibilem damnum det; Modo periculum non sit imaginarium, & occupatio fiat saltem custodiæ gratia, animoque reddendi simul atque periculum illud cessaverit; *Grot. de J. B. & P. Lib. 2. c. 2. §. 10. Boxborn. diſquiſ. Polit. caſ. 30.* Quo casu equidem occupationem ut plurimum secundum Justitiæ regulas magis fieri quam l. retentionem l. restitutionem, multis exemplis probari posset; SED MANUM DE TABULA;

❧ (o) ❧

A614471750

Digitized by Google